

Université de Limoges

ED 655 – Gouvernance des institutions et des organisations

UR 14476 – Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques

Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit public

Présentée et soutenue par

Rémi DELMAS

Le 15 décembre 2022

**La stabilité des situations juridiques
dans le contentieux de la légalité**

Thèse dirigée par Mme Hélène PAULIAT, professeur de droit public à l'Université de Limoges, et M. David RENDERS, professeur de droit public à l'Université Catholique de Louvain.

JURY :

Mme Caroline CHAMARD-HEÏM, professeure de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3 – présidente du jury

Mme Delphine COSTA, professeure de droit public à Aix-Marseille Université – rapporteure

Mme Anne COURREGES, conseillère d'État

Mme Olga MAMOUDY, professeure de droit public à l'Université Polytechnique des Hauts de France – rapporteure



La stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité

Je dédie cette thèse à ma mère.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à mes directeurs de thèse. C'est au professeur Hélène Pauliat, dont j'ai suivi les cours de droit administratif et de droit du service public, que je dois d'aimer le droit public. C'est sous sa direction que j'ai découvert, en master 2, la recherche juridique. Je lui adresse mes sincères remerciements pour sa patience et sa présence toujours encourageante tout au long de la thèse. Au professeur David Renders, je dois d'avoir trouvé mon chemin sur la voie de la construction d'une pensée personnelle. Je le remercie de m'avoir accordé sa confiance et d'avoir été pendant ce travail un mentor si accessible et bienveillant.

Je souhaite également remercier ceux qui m'ont donné l'envie d'entreprendre cette aventure, en particulier Sophie, Laurent, David et Caroline mais également le Réseau européen de recherche en droits de l'homme et ses membres.

À Camille, Thomas, Quentin et Aurélien, merci de votre soutien indéfectible, de vos conseils précieux et de votre amitié inestimable, sans lesquels rien n'aurait été possible.

À Audrey, enfin, merci d'avoir été à mes côtés à chaque instant, surtout dans les plus difficiles, et d'avoir été la boussole sans laquelle je me serais égaré.

Droits d'auteurs

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :

« **Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** »

disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



Liste des principales abréviations

AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle

AJ : Actualité juridique

AJDA : Actualité juridique - droit administratif

AP(T) : Revue Administration publique (trimestrielle)

CAA : Cour administrative d'appel

Cah. Cons. const. : Les cahiers du Conseil constitutionnel

Cass. : Cour de cassation

CE : Conseil d'État

CESEDA, Code des étrangers : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJEG : Les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CC : Conseil constitutionnel

Cour const. : Cour constitutionnelle

CRPA : Code des relations entre le public et l'administration

D. : Recueil Dalloz

DA : Droit administratif

GACA : Les grands arrêts du contentieux administratif

GAJA : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. pal. : La gazette du Palais

Jcp : Juris-Classeur périodique/La semaine juridique

- Jcp A : édition administrations et collectivités territoriales
- Jcp G : édition générale

J.O. : Journal officiel

JORF : Journal officiel de la République française

JT : Journal des tribunaux

LPA : Les petites affiches

RDP : Revue de droit public

RDS : Revue de droit social

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

RDUE : Revue du droit de l'Union européenne

Rec. : Recueil Lebon

Rep. Cont. Adm. : Répertoire de contentieux administratif Dalloz

Rev. adm. : La revue administrative

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen

RVDH : La revue des droits de l'Homme

S. : Recueil Sirey

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

TFPUE : Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne

TPI(CE/UE) : Tribunal de première instance (des Communautés européennes/de l'Union européenne)

Trib : Tribunal

TUE : Tribunal de l'Union européenne

UE : Union européenne

Sommaire

Partie I - La stabilité des situations juridiques comme finalité d'une restriction des conditions de recevabilité des recours

Titre 1 - La stabilité des situations et l'encadrement personnel de l'exercice du recours

Chapitre 1 - L'intérêt à agir, condition d'une protection minimale de la stabilité des situations juridiques dans un recours largement ouvert

Chapitre 2 - L'intérêt à agir, instrument de politiques sectorielles de stabilisation des situations juridiques

Titre 2 - La stabilité des situations juridiques et l'encadrement temporel de l'accès au juge

Chapitre 1 - Le délai pour agir, mécanisme d'encadrement dans le temps de la possibilité de remettre en cause un acte juridique

Chapitre 2 - Le délai raisonnable, mécanisme jurisprudentiel de compensation de l'insécurité causée par l'absence de délai textuel

Partie II - La stabilité des situations juridiques comme finalité des évolutions de l'office du juge

Titre 1 - La stabilité des situations et l'évitement de la sanction

Chapitre 1 - L'évitement de la sanction par la sauvegarde de l'acte illégal

Chapitre 2 - L'évitement de la sanction par la tolérance des vices de l'acte

Titre 2 - La stabilité des situations et la sanction

Chapitre 1 - Les effets de la sanction de l'illégalité

Chapitre 2 - La modulation de la sanction

Introduction

“Dear Sir or Madam, will you read my book ?
It took me years to write, will you take a look ?”

Paperback writer

John Lennon, Paul McCartney, 1966.

1. L’injustice vaut-elle mieux que le désordre ? Telle serait l’opinion de Johann Wolfgang von Goethe, selon une phrase célèbre quoique déformée par son succès et parfois présentée – à tort – comme une maxime à laquelle il aurait souscrit d’une manière générale. Une interprétation extrême pourrait signifier que la réparation de l’injustice serait objectivement la cause de maux supérieurs à ceux qui résulteraient de sa tolérance, et que la préservation de l’ordre établi prévaut sur l’application du droit. Sans doute faut-il l’envisager avec plus de modération : en écrivant chaque terme au singulier, « *mieux vaut une injustice qu’un désordre* »¹, la formule se limite désormais à indiquer que *si* la correction d’une injustice doit provoquer un trouble, mieux vaut s’abstenir, sans remettre en cause la nécessité de rendre la justice chaque fois qu’elle peut l’être sans dommage. D’autres traductions déclinent le mot du dramaturge en le privant de vocation à l’universalité : « *j’aime mieux une injustice qu’un désordre* »² relativise ainsi la portée du jugement en lui conférant le caractère d’une préférence personnelle. Son sens peut encore varier en fonction de l’éclairage contextuel qui lui est donné. Jean Carbonnier, qui lit la formule à la fois comme l’expression d’une préférence et comme un jugement général³, précise ainsi la pensée de l’auteur allemand en ajoutant une perspective sociale : « *mieux vaut une injustice individuelle qu’un désordre, mal collectif* »⁴.

2. Il paraît utile de rappeler les circonstances dans lesquelles Goethe affirme avoir tenu ces propos pour saisir dans quelle mesure leur sens s’est dilué. Dans ses souvenirs du *Siège de Mayence* de 1793, il raconte un épisode faisant suite à la victoire des troupes prussiennes et autrichiennes, après laquelle les occupants français avaient été autorisés à quitter la ville librement. Alors qu’une foule vindicative rassemblée devant le logement du duc de Weimar menaçait de lyncher un capitaine français suspecté d’avoir commis plusieurs exactions, il serait intervenu pour l’exhorter de l’épargner. A cette fin, il aurait souligné qu’il ne fallait pas

1 François TERRE, « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 63.

2 Maurice DUVERGER, *Les constitutions de la France*, Puf, Que sais-je ?, 2004, p. 6.

3 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Puf, Quadriège, 2004, p. 94 : « *C’est dans ma nature, je préfère l’injustice au désordre* ».

4 *Ibid.*

que des actes de vengeance troublent le quartier du duc au moment de son retour. Par ailleurs, tandis que le Roi avait permis aux Français de partir paisiblement, Goethe aurait rappelé qu'il n'avait prévu aucune condition ni chargé aucun surveillant de retenir les individus coupables de faits réprimés, et qu'il n'appartenait pas à la foule de les juger. Il lui fallut insister pour la convaincre : « *N'avez-vous pas réfléchi qu'on se rend coupable en se faisant justice soi-même ? que nous devons laisser à Dieu et à nos supérieurs la punition des criminels, comme on doit leur laisser aussi le soin de mettre fin à cette calamité ?* »⁵. C'est en réponse à un ami qui s'étonnait qu'il ait couru le risque de s'attirer la vindicte pour un inconnu qui, de surcroît, pouvait être un criminel, que l'auteur aurait avoué *préférer commettre une injustice que souffrir un désordre*. A l'évidence, cette formule découlait d'un souci louable pour des considérations d'ordre purement matériel. Il apparaît toutefois que le *désordre* justifiant l'*injustice* caractérisée par la fuite d'une personne suspectée pouvait également résider dans une autre injustice plus grande qu'aurait commise la foule en colère en lynchant le capitaine français, sans juge ni procès établissant sa culpabilité.

3. Sous l'apparence d'un conflit entre deux valeurs placées en opposition, l'idéal de justice et les exigences de l'ordre, la formule de Goethe renvoie finalement aux tensions intrinsèques du Droit, qui interrogent les relations entre ses fins et ses moyens. Elle fait ainsi écho à l'adage romain *summum jus, summa injuria*, attribué à Cicéron⁶ et qui, lui aussi, se prête à de nombreuses lectures et traductions : classiquement interprété comme un avertissement aux juges contre les excès de rigueur dans l'application des lois⁷, il a également été employé pour exprimer une inquiétude doctrinale à l'égard du développement des droits subjectifs « *à l'infini* »⁸ ou une lassitude face à la prolifération normative⁹. Entendu largement¹⁰, il semble pouvoir s'adresser aux autorités chargées de la mise en œuvre des règles juridiques autant qu'à celles qui les créent, comme un appel à la mesure et à la raison.

5 Johann Wolfgang von GOETHE, *Oeuvres de Goethe*, trad. Jacques Porchat, Paris, Librairie de L. Hachette et Cie, 1863, X., *Mélanges*, « Siège de Mayence », p. 155 et s., spéc. p. 168.

6 Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. fr. par Édouard SOMMER, Paris, Hachette, 1877, consultable en ligne sur Gallica.bnf.fr, p. 37. L'auteur ne revendique toutefois pas la paternité de la formule qu'il qualifie lui-même de « *proverbe* ».

7 Jean-Etienne-Marie PORTALIS, « De la vente » présentation au corps législatif, séance du 7 ventôse an XII, in Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome XIV, Paris, 1836, consultable en ligne sur Gallica.bnf.fr, p. 123.

8 Jean CARBONNIER, « Summum jus, summa injuria », texte inédit, 1996, accessible sur le site de l'exposition virtuelle « Jean Carbonnier, 1908-2003 », expocujas.univ-paris1.fr.

9 Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies », *AJDA* 2005, p. 2384 : « *trop de droit tue le droit* », écrit cet auteur.

10 Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007, p. 88 : « *Poussé jusqu'au bout, le droit peut entraîner les injustices les plus graves* ».

4. Relayée par le principe de sécurité juridique (I), l'expression de cette attente dans le contentieux de la légalité se traduit aujourd'hui par un souci très marqué de veiller à la stabilité des situations juridiques (II) que la présente étude se donne pour objectif d'analyser (III).

I. La sécurité juridique, un principe de rationalisation du droit.

5. **Principe ou impératif de sécurité juridique ?** Dans l'intitulé d'un article célèbre publié en 1995 dans le numéro spécial du cinquantième de l'*Actualité juridique – Droit administratif*, le professeur Bernard Pacteau se demandait si le principe de sécurité juridique *manquait* au droit public français¹¹. Tandis qu'il rappelait que celui-ci n'avait jamais négligé le besoin « *animal* »¹² de « *sûreté des relations sociales* »¹³ et envisageait déjà la sécurité comme un *impératif* que le droit devait satisfaire, il reconnaissait que le *principe* de la sécurité juridique lui semblait encore relativement étranger. L'auteur constatait cependant que l'idée de la *sécurité du droit* avait émergé parmi les thèmes de la littérature juridique dans un contexte de perte de confiance dans le droit, dénoncé pour son manque de clarté et de stabilité¹⁴, et sous l'influence du droit européen ainsi que des analyses comparatistes.

6. **Droit allemand.** Inspiré des notions de *certitudo* et de *securitas* issues du droit romain, impliquant respectivement la possibilité pour le sujet de droit de connaître la loi et l'obligation de respecter les normes¹⁵, c'est en effet dans le droit allemand que le principe de sécurité juridique a trouvé sa source moderne. Il y est apparu au lendemain de la promulgation de la Loi Fondamentale de 1949 dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui l'a directement déduit du principe plus général de l'État de droit¹⁶. Il est décrit par la doctrine comme un principe « *matriciel* »¹⁷ dont le contenu est défini par le rapprochement des divers

11 Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 151.

12 Benoît PLESSIX, « Ce besoin animal de sécurité », *DA* 2018, n° 1, repère 1.

13 Maurice HAURIUO, « L'annulation d'office de décisions administratives ayant conféré des droits acquis », note sous CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, S. 1925, III, p. 9.

14 Conseil d'État, rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation française ; Conseil d'État, étude *L'urbanisme : pour un droit plus efficace*, 1992, La documentation française ; Conseil d'État, rapport public annule 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française.

15 Dominique SOULAS DE RUSSEL, Philippe RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, n° 55, p. 95 ; Jérémie VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis », in Mathias EL BERHOUMI, Luc DETROUX, Bruno LOMBAERT, *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Larcier, 2020, p. 681.

16 Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, pp. 112-114.

17 Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Puf, 2006, p. 262 ; Willy ZIMMER, « Allemagne », *AJJC* 2000, n° 15-1999, p. 91.

corollaires qu'il fédère autour des objectifs de garantie du citoyen contre l'arbitraire et de sécurisation du système juridique lui-même. Parmi ceux-ci, le principe de protection de la confiance légitime occupe une place particulière : considéré par le juge constitutionnel comme la traduction du principe de sécurité juridique au bénéfice du citoyen¹⁸, il suppose que les pouvoirs publics s'abstiennent de procéder à des revirements inattendus afin de ne pas trahir les attentes que leurs actes ont pu faire naître dans le for des sujets de droit. L'association fréquente de ce principe particulier au principe général dont il découle et partage la valeur juridique permet aux juridictions de censurer les atteintes à la fiabilité du droit causées, notamment, par la rétroactivité juridique ou la remise en cause des prévisions¹⁹. Il en résulte que la dimension théoriquement objective de la sécurité juridique semble occultée dans la jurisprudence allemande, au profit d'une conception principalement subjective²⁰.

7. Droit européen. L'essor du principe de sécurité juridique dans le système allemand au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle a favorisé sa consécration au sein du système communautaire. C'est ainsi dès l'arrêt *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.)* de 1961 que la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu l'existence du « *principe du respect de la sécurité juridique* »²¹, en jugeant qu'il devait être combiné avec le principe de la légalité pour déterminer les modalités de la révocation d'un acte communautaire. Sans en préciser les fondements théoriques, elle l'a, par la suite, qualifié de « *règle de droit à respecter dans l'application du Traité* »²², d'« *exigence fondamentale* »²³ ou de « *principe général (...) inhérent à l'ordre juridique communautaire* »²⁴, sur lequel elle a appuyé les exigences de clarté et d'accessibilité des textes, les réglementations relatives aux délais de procédure ou encore l'interdiction de la rétroactivité des actes des institutions²⁵. Comme les juridictions allemandes, le juge communautaire a également consacré l'existence du principe subjectif de protection de la confiance légitime, déduit de la sécurité juridique à laquelle il se combine notamment pour

18 BverfGE 13, pp. 261 (271) ; v. sur ce point Otto PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand », *RFDA* 2000, p. 236.

19 Michel FROMONT, *id.*

20 Sylvia BRUNET, « La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne », *Titre VII*, n° 5.

21 CJCE, 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, *S.N.U.P.A.T.*, rec. p. 159.

22 CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, *Bosch GmbH*, rec. p. 104.

23 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 52/69, *Geigy c/ Commission*, § 21.

24 CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit italiana*, § 17.

25 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e ed., 2009, p. 917 ; Delphine DEROBUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 664.

assurer le respect des prévisions fondées des sujets du droit communautaire face à la mise en œuvre du principe de mutabilité²⁶.

8. Si la sécurité juridique s'est affirmée comme la source d'obligations pour les institutions européennes et les États-membres, elle a aussi été invoquée par la Cour elle-même afin de justifier les tempéraments qu'elle entendait apporter aux effets de ses propres décisions lorsqu'ils lui semblaient excessivement perturbateurs²⁷, tant dans la procédure du recours en annulation²⁸ que dans les procédures de renvoi préjudiciel²⁹. S'inspirant de cette jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a, à son tour, justifié la modulation de l'effet temporel de son interprétation de la Convention en invoquant le principe de sécurité juridique, décrit comme « *nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* »³⁰.

9. Exigences de la sécurité juridique. Les illustrations offertes par ces systèmes extérieurs ont confirmé, d'une part, que la sécurité juridique ne constituait pas « *une catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement bien délimités* »³¹ et, d'autre part, qu'elle était susceptible de recouvrir un ensemble d'exigences très vaste. Bernard Pacteau en dressait un inventaire indicatif en évoquant « *la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement, la clarté, la précision, la cohérence, donc la connaissance et non moins la publicité effective et suffisante de la règle applicable, le respect des engagements et promesses, voire la fidélité aux encouragements prodigués, la stabilité de l'environnement juridique au vu duquel on a entrepris une activité à long terme (...) la confiance qu'on peut placer dans l'effectivité de la sauvegarde de l'ordre public et dans la sanction des illégalités ou désordres d'autrui quand ils nuisent à ses propres droits, tout autant bien sûr que l'assurance pour chacun de sa propre sûreté personnelle* »³².

26 Jean-Pierre PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime ? Le principe de confiance légitime en droit communautaire », *Mel. Guy Braibant*, p. 589 ; Denys SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Mel. Alfred Rieg*, p. 742.

27 Pierre LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 375.

28 CJCE, 27 septembre 1988, aff. 51/87, *Commission c/ Conseil*.

29 CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ Sté Sabena*.

30 CEDH, plén., 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.

31 Bernard PACTEAU, *id.*

32 *Id.*

10. Classifications. Partageant cette analyse, de nombreux auteurs ont proposé d'organiser ces éléments selon deux ensembles, en distinguant la catégorie des exigences *formelles* ou *qualitatives* liées à la clarté, l'accessibilité ou la certitude des règles, de la catégorie des exigences *matérielles* ou *temporelles* liées à la stabilité de l'ordonnement et des situations juridiques³³. De telles présentations ont le mérite de la lisibilité et d'indéniables vertus pédagogiques qui soulignent la fonction de rationalisation impartie à la sécurité juridique en tant que principe ou exigence de conception et d'application du droit. Elles comportent tout de même certaines limites : il peut ainsi être remarqué que le classement de l'exigence de prévisibilité, essentielle à l'idée de sécurité juridique, s'avère délicat dès lors qu'elle paraît relever tant de la clarté et de la certitude que de la stabilité. En ce sens, Anne-Laure Valembois l'envisage comme une valeur transversale en distinguant une « *conception statique de l'exigence de sécurité juridique* » entendue comme « *la connaissance du droit et la prévisibilité des conséquences juridiques de leurs actes par les sujets de droit* », et une « *conception dynamique* » impliquant « *la stabilité et la prévisibilité du droit* »³⁴.

11. Par ailleurs, ces approches binaires semblent trop harmonieuses et peuvent dissimuler les contradictions inhérentes à la sécurité juridique. En effet, « *la sécurité des uns n'est pas celle des autres !* »³⁵. Tandis que, selon la jurisprudence européenne, la sécurité juridique exige une « *application uniforme dans tous les États membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour* »³⁶, la protection de la confiance légitime peut ainsi justifier que certains sujets de droit continuent de bénéficier de l'application de règles ayant fondé leurs prévisions, nonobstant la volonté de leur auteur de les remettre en cause³⁷. De même, l'exigence de prévisibilité du droit, qui postule que la violation d'une règle prescrite à peine d'annulation devrait être sanctionnée, peut entrer en conflit avec l'exigence de stabilité des

33 V. par ex. Michel FROMONT, *op. cit.*, p. 261 : « *le principe de sécurité juridique comporte deux facettes. La première vise à assurer la stabilité des règles et des situations juridiques ; la seconde vise à assurer la certitude des règles et situations juridiques, c'est-à-dire la clarté et la précision des règles et des situations juridiques* » ; Willy ZIMMER, *id.*, p. 94 : « *Il comporte essentiellement deux aspects : un aspect qualitatif relatif à la détermination du droit (son existence, sa clarté, son caractère sûr, ...) et un aspect temporel relatif à la prévisibilité et à la calculabilité de l'activité normative des organes publics dans le temps, mais aussi de façon plus générale, à la gestion des difficultés liées à des questions temporelles pouvant surgir dans l'application du droit* » ; Carole NIVARD, « *L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique* », DA 2010, n° 2, ét. 3. : le principe de sécurité juridique « *peut être défini comme comportant pour l'essentiel deux sortes d'exigences. D'un point de vue formel, il impose la lisibilité des normes et du droit en général ; d'un point de vue matériel, il vise à garantir une certaine stabilité des situations juridiques* ».

34 Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005, pp. 13-16.

35 Bernard PACTEAU, *id.*

36 CJCE, 14 juillet 1977, aff. 10/77, *Bavaria*, rec. p. 1517.

37 CJCE, 4 juillet 1973, aff. 1/73, *Westzucker GmbH* ; CJCE, 14 mai 1975, aff. 74/74, *CNTA / Commission*.

situations qui ont pu se former de bonne foi sur la base d'un acte tenu pour légal, ou avec la nécessité impérieuse d'assurer la continuité de certaines missions essentielles de service public. Dans de telles hypothèses, la préservation de la sécurité juridique peut dès lors se traduire différemment en fonction du degré de gravité des conséquences de la disparition de l'acte contesté.

12. Quatre logiques. La possibilité qu'un principe de rationalisation tel que la sécurité juridique entre en contradiction avec lui-même semble mieux expliquée par la théorie des « quatre logiques »³⁸ de Jérémie Van Meerbeeck qui, à partir de l'exemple de la jurisprudence de la CJUE, a identifié les principaux soubassements conceptuels de l'exigence de sécurité juridique. Deux de ces logiques sont relatives au destinataire du principe de sécurité juridique. La « *logique politique* », apparue dès l'Antiquité, poursuit ainsi l'objectif de l'efficacité institutionnelle et conçoit la stabilité et l'accessibilité de la règle comme les conditions de sa bonne application dans l'intérêt du pouvoir politique. La « *logique subjective* », développée au XVII^{ème} siècle, tend à s'y opposer en envisageant la sécurité comme une garantie principalement destinée au sujet de droit dans ses relations avec la puissance publique. Les deux autres logiques sont relatives aux fondements du principe. Selon la « *logique cartésienne* », la possibilité de connaître scientifiquement l'existence et le sens des règles juridiques permet de déterminer avec certitude les conséquences de leur application et induit une garantie objective de prévisibilité normative. À l'inverse, la « *logique fiduciaire* », inspirée de la philosophie lockéenne, se fonde « *sur la confiance dont sont investis les pouvoirs en place et qu'ils ont pour mission de respecter* »³⁹ pour offrir une protection subjective aux attentes légitimes de sécurité juridique. Les relations de croisement et de conflit qui les unissent aboutissent fatalement à des situations dans lesquelles l'invocation du principe de sécurité juridique au service de l'une ou de plusieurs d'entre elles se fait au détriment plus ou moins net d'une autre. Pour autant, la sécurité juridique ne peut être considérée comme un principe schizophrénique : peut-être est-elle « *un concept si général que l'on peut lui faire dire ce que l'on veut* »⁴⁰, mais encore faut-il reconnaître la part des choix de politique jurisprudentielle qu'elle exprime.

38 Jérémie VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance – Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2014, § 11 et s.

39 *Id.*, § 14.

40 Sophie BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cah. Cons. Const.* 2001, n° 11.

13. En dépit des réserves exprimées quant à son utilité et des craintes suscitées par le manque d'unité de son contenu, l'intérêt nourri à l'égard du principe de sécurité juridique pendant les années 1990 s'est soldé par sa consécration explicite dans la jurisprudence administrative interne au cours des années 2000, et par une attention toujours croissante à ses exigences. Parmi celles-ci, la stabilité s'est affirmée très nettement dans le champ du contentieux de la légalité, sur lequel elle a exercé une influence majeure.

II. Le contentieux de la légalité, un champ de l'activité juridictionnelle exposé aux attentes de stabilité.

14. **Principe de légalité.** En droit public, la notion de légalité renvoie de manière extensive à l'idée de conformité des actes juridiques aux règles supérieures et à la volonté générale qu'elles cristallisent⁴¹. Le principe de la légalité constitue un corollaire de l'État de droit sur le fondement duquel le respect de la hiérarchie des normes et des droits fondamentaux s'impose juridiquement à la puissance publique. Cette règle de conduite qui gouverne au premier chef l'action de l'administration⁴² ne lui interdit pas seulement de méconnaître les lois votées par le Parlement, mais également la Constitution, les stipulations internationales d'effet direct ou les principes généraux du droit. L'obligation de respecter les dispositions supérieures de la hiérarchie normative concerne cependant, de la manière la plus large, toutes les autorités et institutions investies d'un pouvoir de création et d'application du droit. Le législateur, à qui le principe de légalité administrative « s'impose (...) parce qu'une loi qui le méconnaîtrait contiendrait en elle-même un principe de contradiction »⁴³, est lui-même tenu d'adopter des textes conformes aux exigences constitutionnelles, dont le contrôle s'est particulièrement développé sous l'effet de la révision constitutionnelle de 2008. Il a également été jugé que les lois contraires aux conventions internationales, parmi lesquelles les traités européens, pouvaient être écartées par voie d'exception par les juridictions judiciaires et administratives. Dans le système de l'Union européenne, la légalité s'impose de la même manière aux institutions chargées de respecter les traités sous le contrôle de la Cour. Il est ainsi justifié d'entendre la notion de légalité plus largement que dans une perspective administrative, dans la mesure où elle constitue un principe général de soumission juridique de la puissance publique et contribue à la concrétisation de l'État de droit⁴⁴.

41 Agathe VAN LANG, Geneviève GONDUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, p. 269, rubrique « Légalité (Principe de) ».

42 Art. L. 100-2 CRPA : « L'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité. Elle est tenue à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. Elle se conforme au principe d'égalité et garantit à chacun un traitement impartial. ».

43 Jean DELVOLLE, concl. sur CE, ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, RDP 1951, p. 479.

44 Jean RIVERO, « L'administré et le droit administratif », *AJDA* 1995, p. 147.

15. Contentieux de la légalité. Ce principe est garanti par différents recours, procédures ou mécanismes conduisant le juge à apprécier la conformité d'un acte juridique aux règles supérieures et, le cas échéant, à tirer les conséquences de leur violation, lesquels forment un ensemble pouvant être désigné par l'expression de contentieux de la légalité. En son sein, les recours en annulation et l'emblématique recours pour excès de pouvoir occupent une place de premier plan : ils correspondent à l'image du *procès fait à un acte* dépeinte par Lafférière, dans lequel le juge se concentre sur l'analyse objective de la légalité de l'acte litigieux sans tenir compte d'éléments subjectifs liés à la situation du requérant, celle du défendeur ou d'autres circonstances extérieures à la relation entre l'acte contrôlé et les normes de références. À leur côté, certains recours relevant du contentieux de pleine juridiction s'intègrent dans la logique du contentieux de la légalité. Tel est le cas du plein contentieux objectif, qui constitue « *un contentieux de la légalité de l'acte administratif unilatéral* »⁴⁵ au même titre que celui de l'excès de pouvoir⁴⁶. Les pleins contentieux de la responsabilité administrative ou bien de l'exécution des contrats présentent, à l'inverse, une nature subjective et, s'ils amènent le juge à déterminer les droits des parties, ne reposent pas principalement sur l'analyse de la légalité d'un acte juridique soumis à son contrôle⁴⁷. Le rattachement du plein contentieux de la validité des contrats à l'un de ces deux pôles du contentieux de pleine juridiction s'avère délicat, dès lors que le juge du contrat peut être saisi de conclusions très variées et notamment indemnitaires⁴⁸. En outre, il ne saurait être nié que, depuis 2014, une orientation très subjective a été donnée aux conditions de l'exercice du recours des tiers afin de favoriser la stabilité contractuelle au détriment de la censure des illégalités⁴⁹. Pour autant, l'office du juge de la validité du contrat justifie de considérer ce contentieux comme un contentieux de la légalité : il est, en effet, celui que le requérant saisit « *à titre principal en vue de statuer sur une question de légalité objective et qui dispose des attributions propres à soustraire l'acte contractuel à l'ordre juridique* »⁵⁰, quand bien même en ferait-il un usage prudent. Parallèlement à ces recours qui constituent généralement le cœur de la demande du requérant, un certain nombre de procédures accessoires contribuent à composer le contentieux de la légalité. Il en va ainsi de procédures d'urgences telles que le

45 Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le le plein contentieux objectif*, LGDJ 2011, pp. 147-148.

46 En ce sens, Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs – Etude comparée des droits français et allemand*, Mare & Martin, Bibl. Thèses 2022, p. 46.

47 David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, p. 15 et s.

48 Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, Cours, 2022, p. 1004.

49 Ioannis MICHALIS, *op. cit.*, p. 27.

50 Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse Pau, 2017, p. 45 et s.

référé suspension et des procédures de contrôle incident telles que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité devant la CJUE, la question prioritaire de constitutionnalité ou le contrôle de la conventionnalité des lois effectué par le juge ordinaire. Doivent en revanche être exclus de la catégorie du contentieux de la légalité les recours ou procédures qui visent strictement à faire interpréter par le juge un acte juridique, à la reconnaissance d'une qualité ou à contraindre une partie à exécuter des obligations qui lui incombent.

16. Protection de la sécurité juridique dans le contentieux de la légalité. Découlant elle aussi de la notion d'État de droit⁵¹, la sécurité juridique est susceptible de bénéficier de la protection du principe de légalité dans la mesure où certaines de ses dimensions dotées d'une normativité propre y sont intégrées. La jurisprudence administrative l'a illustré par de nombreux exemples classiques, parmi lesquels il est possible de citer l'interdiction faite à l'administration d'adopter des actes rétroactifs⁵², la limitation du pouvoir de retirer des décisions illégales créatrices de droits à l'expiration d'un certain délai⁵³ ou bien encore l'obligation d'adopter les textes d'application⁵⁴. L'essor et le renforcement⁵⁵ des exigences de la sécurité juridique au cours des années 1990-2000 se sont également traduits par l'intensification du contrôle des lois rétroactives⁵⁶ opéré par le juge constitutionnel⁵⁷ et les juges ordinaires⁵⁸, ainsi que par le développement de mécanismes de protection des sujets de

51 Conseil d'État, 1991, *De la sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 15.

52 CE, 17 mai 1907, *Le Bigot et autres*, D. 1908, III, p. 126 ; CE, 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, rec. p. 83 ; CE, 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, GAJA p. 359, n° 57, GDJA p. 442.

53 CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, précité ; CE, ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, RFDA 2002, p. 88, note Pierre DELVOLVE. ; Pierre LE MIRE, « La stabilité des situations juridiques et l'évolution des jurisprudences relatives au retrait et à l'abrogation », AJDA 1980, p. 203.

54 CE, ass., 27 novembre 1964, *Veuve Renard*.

55 V. ainsi l'arrêt CEDH, 28 octobre 1999, n° 24846/94, 34165/96, 34166/96 et al, *Zielinski et Pradal c/ France*, condamnant la France au motif d'une violation du droit à un procès équitable résultant d'une loi de validation que le juge constitutionnel n'avait pas censurée, ayant considéré qu'elle était justifiée par un motif d'intérêt général (conformément aux standards de sa jurisprudence *Loi portant validation d'actes administratifs*, CC, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC).

56 Laure MILANO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », RFDA 2006 p. 447.

57 CC, 18 décembre 1998, n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999* (exigeant un motif d'intérêt général suffisant) ; CC, 14 février 2014, n° 2013-366 QPC, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Mafrow France* [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »] (exigeant un motif impérieux d'intérêt général conformément à la jurisprudence européenne).

58 Les juridictions judiciaires ont exigé, conformément à la jurisprudence européenne, un impérieux motif d'intérêt général dans le cadre du contrôle des lois de validation : Cass. Com., 20 novembre 2001, *SARL Civa*, RFDA 2002, p. 791 ; Cass. Soc., 20 avril 2001, *Association « être enfant au Chesnay » c/ Terki*, RFDA 2001, p. 1055 ; Cass. Ass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer*, n°03-13617. Le Conseil d'État, pour sa part, a d'abord appliqué le standard du motif d'intérêt général suffisant : CE, ass. 5 décembre 1997 *Lambert*, AJDA 1998 p. 149 concl. Bergeal ; CE, avis. 5 décembre 1997, *Ministre de l'éducation nationale c/ organisme de gestion des écoles catholiques de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, n° 188530 ; CE 28 juillet 2000, *Tête*, RFDA 2001, p. 121 concl. Savoie, AJDA 2000, p. 796 (admettant pour la première fois l'inconventionnalité d'une loi de validation en l'absence de motif d'intérêt général suffisant). Par l'avis du

droit contre l'imprévisibilité de certaines évolutions des règles administratives⁵⁹, législatives⁶⁰ ou jurisprudentielles⁶¹. Ce phénomène d'affirmation de la sécurité juridique dans l'ordre interne a cependant eu pour effet de revigorer la dialectique non moins classique qui l'unit à la légalité dans une relation d'opposition⁶².

17. Dialectique. En dépit de leurs aspirations partagées à la clarté et l'accessibilité des règles⁶³, il est vrai que les deux principes sont susceptibles d'entrer en conflit dans la mesure où les exigences de la légalité et de la sanction des actes contraires aux règles supérieures peuvent aller à l'encontre de l'idée de stabilité des situations, elle-même au cœur de la notion de sécurité juridique.

18. Stabilité des situations juridiques. Décrite par Jean Rivero comme « *la possibilité, pour l'homme de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes* »⁶⁴, la stabilité juridique constitue une valeur à laquelle les juristes peuvent être attachés⁶⁵ en même temps qu'un objectif de l'ordre juridique tendant à la pérennité du système de droit, des normes qui le composent, des actes qui les mettent en œuvre et des situations qui en découlent⁶⁶. La stabilité se distingue en ce sens du concept de stabilisation qui peut désigner plus particulièrement une politique visant à éviter la remise en cause d'actes ou de situations juridiques⁶⁷. Cette dernière notion a, quant à elle, été diversement définie par plusieurs auteurs qui l'ont placée au cœur des théories juridiques qu'ils proposaient, tels que Léon Duguit, Gaston Jèze⁶⁸ ou Paul Roubier⁶⁹, ces auteurs s'accordant pour la distinguer de la notion d'acte juridique : Jèze et Roubier ont ainsi en commun de l'entendre comme un ensemble de droits et de devoirs

27 mai 2005, *Provin*, concl. Christophe DEVYS, *RFDA* 2005, p. 1003, il s'est rallié au standard européen de l'impérieux motif d'intérêt général.

59 CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. p. 154, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Yann AGUILA, note Frank MODERNE ; *AJDA* 2006, p. 1028, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

60 CE, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 308996, *Société EPI*, concl. Julien BOUCHER ; *AJDA* 2012, p. 1392, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; CC, 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, *Loi de finances pour 2014* ; confirmé par CC, 5 décembre 2014, n° 2014-435 QPC, *M. Jean-François V.* [Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus] ; Sur ce sujet, v. Benoît PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP* 2016, p. 799 ; Sylvia CALMES-BRUNET, « De la protection constitutionnelle de l'intérêt public général à celle des attentes légitimes des personnes ? », *Mel. Didier Truchet*, p. 55.

61 CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360, *AJDA* 2007, p. 1577, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, *RFDA* 2007, p. 696, concl. Didier CASAS.

62 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 3^e ed. 1925, réed. Dalloz 2005, pp. 69-71

63 Jérémie VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis », *op. cit.*, p. 703.

64 Jean RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1959, p. 101.

65 Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2 ed., LGDJ 1955, p. 30.

66 Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif*, LGDJ, 2001, p. 384 et s.

67 Stéphanie DOUTEAUD, *op. cit.*, p. 24 et s.

68 Gaston JEZE, *op. cit.*

69 Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, réed. Dalloz, 2005.

institués par un acte juridique, afin de proposer une vision plus précise de la relation complexe qui en découle. À la période contemporaine, l'expression de *stabilité des situations juridiques* a été évoquée par le juge administratif sans qu'il manifeste ce faisant son adhésion à l'une ou l'autre de ces conceptions doctrinales, aussi apparaît-il suffisant pour la compréhension de la jurisprudence d'appréhender la situation juridique de manière fonctionnelle comme « *le résultat de l'application de la norme à une personne déterminée, sa concrétisation* »⁷⁰, principalement dans l'intérêt d'une analyse globale de la situation instituée par l'acte litigieux sans se limiter à son seul *instrumentum*. Ainsi, l'expression de stabilité des situations juridiques renvoie globalement à la capacité des situations formées sur la base d'un acte juridique à échapper aux bouleversements externes et à se maintenir paisiblement pendant une période déterminable par avance ou pendant une durée correspondant aux aspirations des sujets intéressés.

19. S'il ne peut être ignoré que la perspective de la disparition d'un acte illégal s'inscrit dans l'objectif de prévisibilité du droit, cette dimension de la sécurité juridique ne paraît suffire à la satisfaire dans la mesure où l'instabilité engendrée par l'application du droit peut, dans certaines hypothèses, atteindre un degré socialement inacceptable. La thématique de la révocation administrative des actes créateurs de droits l'avait illustré dès les débuts du XX^{ème} siècle : tandis que l'exigence de légalité de l'action de l'administration tendait à permettre la suppression des actes irréguliers, celle de la stabilité des situations juridiques justifiait plutôt que, eu égard aux droits créés et à l'écoulement d'un délai, l'épée de Damoclès pesant au-dessus d'eux soit remise, sous réserve des hypothèses de fraude ou d'acte inexistant. Ces considérations avaient également justifié que des tempéraments soient apportés aux effets des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir dans les cas où elles semblaient de nature à provoquer des réactions en chaîne de trop grande ampleur : la théorie des fonctionnaires de fait selon laquelle l'investiture irrégulière d'un agent de l'administration n'a pas pour effet d'entacher d'incompétence les actes adoptés avant son annulation témoigne ainsi de l'ancienneté de l'attention du juge administratif à la stabilité des situations juridiques face à ses propres décisions.

20. Il n'en demeure pas moins que les années 1990 ont aiguisé le relief de ces préoccupations, abordées par le Conseil d'État dans son rapport public de 1991 consacré à la sécurité juridique

70 Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009 p. 63.

puis, en 1992, dans le rapport *Urbanisme : pour un droit plus efficace*. À l'occasion du contrôle de la loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, inspirée des propositions du rapport de 1992, le Conseil constitutionnel a lui-même reconnu que « *le risque d'instabilité juridique* » résultant des recours contentieux dans le domaine de l'urbanisme justifiait de limiter le mécanisme de l'exception d'illégalité⁷¹. Dans ce mouvement et sous l'effet conjugué du développement du droit au recours et de la réalisation des implications du pouvoir d'injonction du juge administratif⁷², une réflexion globale s'est engagée au sein et à l'extérieur de la juridiction administrative sur l'adéquation du contentieux de la légalité aux exigences contemporaines et sur la nécessité de renouveler l'office de son juge, voire de s'extraire du cadre de l'excès de pouvoir dans lequel il s'inscrit traditionnellement. Tel était le sens, parmi d'autres⁷³, de l'incontournable contribution de Daniel Labetoulle aux mélanges en l'honneur de Guy Braibant intitulée « *Principe de légalité et principe de sécurité* »⁷⁴, dans laquelle étaient notamment développées les thématiques de la protection des décisions créatrices de droit contre les recours des tiers et des limites de la théorie de l'acte détachable du contrat administratif.

21. Cet effort d'introspection du juge administratif a donné lieu, dès la décennie suivante, à des évolutions qui sont indéniablement à compter parmi les plus significatives qu'ait connues la justice administrative depuis son institution. En l'espace de quelques années, ce sont le pouvoir de moduler les effets de l'annulation pour échapper aux conséquences éventuellement excessives de sa rétroactivité et celui de reporter l'entrée en vigueur d'une règle jurisprudentielle qui ont été consacrés par le Conseil d'État, alors qu'il jouait déjà les premières mesures de la réorchestration complète des contentieux du contrat sur le thème de sa stabilisation.

22. L'entreprise de réforme ne s'est toutefois pas achevée avec ces décisions et, s'il faut reconnaître que les années 2010 lui ont permis de conclure certains des cycles amorcés au cours des années précédentes⁷⁵, l'élan pris par le juge l'a amené à poursuivre plus loin l'objectif qui avait orienté sa jurisprudence, en apportant parfois des réponses inattendues à

71 CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

72 Didier CHAUVVAUX, Thierry-Xavier GIRARDOT, « Précision quant à l'office du juge de l'injonction », *AJDA* 1997, p. 584 ; Jacques-Henri STAHL, Xavier DOMINO, « Injonctions : le juge administratif face aux réalités », *AJDA* 2011, p. 2226.

73 Sophie BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cah. Cons. Const.* 2001, n° 11.

74 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Braibant*, p. 404.

des questions que la doctrine n'avait pas anticipées. C'est ainsi au nom de « *la stabilité des situations juridiques* » que l'assemblée du contentieux a institué une règle selon laquelle le recours pour excès de pouvoir doit être exercé dans un délai raisonnable⁷⁶, y compris lorsque le délai de l'article R. 421-1 du CJA a été rendu inopposable par l'effet de l'article R. 421-5. La limitation de l'opérance des moyens de légalité externe soulevés à l'encontre d'un acte réglementaire par voie d'exception s'est inscrite dans le même sens⁷⁷. Plus récemment, la recherche systématique de l'*effet utile* de l'intervention du juge a donné lieu à la consécration de l'abrogation comme sanction alternative à l'annulation dans l'office du juge de l'excès de pouvoir⁷⁸, illustrant à la fois la permanence du souci de la stabilité des situations dans les préoccupations du juge administratif et le développement constant de ses implications juridiques.

23. Parallèlement à cet *aggiornamento* jurisprudentiel auquel il acquiesce tacitement, le législateur paraît lui aussi envisager sous un nouvel éclairage la mission du juge de la légalité et les pouvoirs qu'il peut – ou doit – utiliser pour remplir son office et sa fonction sociale. Au-delà des réformes législatives du droit et du contentieux de l'urbanisme, le droit comparé et particulièrement le droit administratif belge confirment une évolution des attentes que les autorités normatives chargées de porter la volonté générale expriment à l'égard du juge : dans un contexte où sa capacité à garantir les droits fondamentaux paraît acquise à un degré satisfaisant, celles-ci semblent désormais se concentrer sur des enjeux d'efficacité et de stabilité⁷⁹.

75 CE, 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthy*, AJDA 2012, p. 195, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, RFDA 2012, p. 284, concl. Gaëlle DUMORTIER, p. 296 note Paul CASSIA ; CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035, chron. Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI ; RFDA 2014, p. 425, concl. Bertrand DACOSTA, p. 438, note Pierre DELVOLVE ; RDP 2014, p. 1175, note Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAIX ; AJCT 2014, p. 375, note Samuel DYENS. ; CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, AJDA 2017, p. 1669, chron. Guillaume ODINET et Sophie ROUSSEL ; RFDA 2017, p. 937, concl. Gilles PELLISSIER ; AJCT 2017, p. 455, obs. Sylvain HUL ; AJ Contrat 2017, obs. Jean-David DREYFUS., RTD com. 2017, p. 587, obs. Frédéric LOMBARD.

76 CE ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, AJDA 2016, p. 1632, chron. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET.

77 CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT*, RFDA 2018, p. 649, concl. Aurélie BRETONNEAU, p. 662, comm. Denys de BECHILLON, p. 665, comm. Pierre DELVOLVE ; AJDA 2018, p. 1206, chron. Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS ; Jcp A 2018, n° 21, act. 469, Mathieu TOUZEIL-DIVINA, n° 49, 2333, chron. Olivier LE BOT ; DA 2018, n° 10, comm. 45, Gweltaz EVEILLARD ; Gaz. Pal. 2018, n° 34, p. 30, Bertrand SEILLER ; RDP 2018, p. 521, chron. Hélène PAULIAT.

78 CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des Américains Accidentels*, AJDA 2019, p. 1986, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS ; RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET ; CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres*, RFDA 2022, p. 51, concl. Sophie ROUSSEL.

79 Jean-Marc SAUVE, « Le juge administratif face au défi de l'efficacité », RFDA 2012, p. 613.

24. L'évocation rapide des tendances du droit public et de la jurisprudence administrative depuis ces trente dernières années permet de constater sans difficulté dans quelle mesure l'exigence de stabilité des situations juridiques est désormais valorisée par le juge et le législateur. Chaque évolution en ce sens, qu'elle soit une novation ou un revirement, a systématiquement impliqué un degré de mutation du contentieux administratif traditionnellement gouverné par l'idée de suprématie de la légalité⁸⁰, dont l'étude apparaît pleinement justifiée.

III. L'intérêt d'une étude de l'influence de la stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité.

25. La question des effets de la sanction de l'illégalité a déjà fait l'objet de travaux célèbres⁸¹. Le mouvement de protection de la stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité n'est, quant à lui, pas un phénomène inédit. Depuis qu'il s'est amorcé et intensifié, de multiples travaux scientifiques ont eu le temps d'observer, au travers de focales plus ou moins larges, une quantité d'aspects de ces phénomènes. De nombreuses thèses ont ainsi été consacrées à l'office du juge en général⁸², aux principes qui inspirent ses évolutions⁸³ ainsi qu'aux techniques et mécanismes par lesquels il s'enrichit afin de mieux garantir la stabilité⁸⁴. Des ouvrages collectifs⁸⁵, des dossiers thématiques publiés dans des revues⁸⁶, des colloques universitaires ou organisés au sein même de la juridiction administrative⁸⁷ ont traité des

80 Benoît PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA* 2022, p. 206.

81 Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve, 1952 ; Jean GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse dact., Université de Pau, 1996 ; Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse dact. Paris II, 1995.

82 David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002 ; Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010 ; Elise LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Fac. droit Poitiers 2011 ; Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012 ; Wendy LELLIG, *L'office du juge administratif de la légalité*, thèse dact. Montpellier, 2015 ; Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse Pau, 2017.

83 Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001 ; Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005 ; Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009 ; Brahim DALIL, *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse dact. 2015, Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense.

84 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dact., Paris I, 2013 ; Emilie BARBIN, *La régularisation des actes administratifs : étude de droit comparé franco-brésilien*, thèse Lyon 2019 ; William GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, Dalloz, 2021.

85 Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis 2021.

86 « Légalité et sécurité juridique : un équilibre rompu ? », dossier publié à l'*AJDA* 2019, p. 1086 ; « Le justiciable face à la justice administrative », dossiers publiés aux n° 4 et 5 de la *RFDA* 2019, p. 669 et s. ainsi que p. 785 et s ; « La sécurité juridique », dossier publié à la revue *Titre VII*, n° 5, octobre 2020.

87 Les Entretiens du contentieux du Conseil d'État : Principe de légalité, principe de sécurité juridique, colloque organisé par les sections du contentieux et du rapport et des études, en partenariat avec l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 15 novembre 2018.

nouvelles orientations – générales et particulières – du contentieux de la légalité. Le mouvement perpétuel de la jurisprudence, à la stabilité de laquelle nul – et sûrement pas la doctrine – n'a de droit, présente au moins l'avantage de susciter une littérature abondante.

26. Au sein de ce très riche et toujours croissant corpus doctrinal consacré aux rapports entre la sécurité juridique et les institutions du droit et du contentieux administratifs, il est toutefois apparu qu'un espace demeurerait pour l'observation des relations entre la sécurité juridique dans sa dimension matérielle, protectrice de l'exigence de stabilité, et le contentieux de la légalité, envisagé au travers des procédures permettant la contestation des actes administratifs au sens large. L'intérêt d'une telle analyse s'est confirmé au cours de l'exécution du travail doctoral, alors que la jurisprudence du Conseil d'État et l'adoption de plusieurs réformes législatives et réglementaires contribuaient de manière systématique au renforcement de l'exigence de stabilité des situations juridiques : les questions posées par cette tendance du droit public à la tolérance des irrégularités, au resserrement du prétoire et au développement de la palette des pouvoirs de sanction du juge mettent en jeu le principe fondamental du contrôle de la puissance publique et, à travers la tension dialectique de la légalité et de la sécurité juridique, l'idée même d'État de droit dont elles découlent. Dans cette démarche, le prisme des situations juridiques a été retenu afin de mieux saisir les raisonnements du juge, celui-ci pouvant notamment être amené à tenir compte de la pluralité des situations juridiques susceptibles d'être affectées par la censure d'un seul acte ou bien de la durée pendant laquelle une situation s'est prolongée au moment de déterminer si et selon quelles modalités l'acte qui la fonde doit être remis en cause.

27. Conformément à la conception large du contentieux de la légalité qui a été retenue, le champ de l'étude a été défini pour intégrer les contentieux de l'excès de pouvoir ainsi que les contentieux de pleine juridiction soumettant au juge des questions de légalité. Néanmoins, les évolutions textuelles et jurisprudentielles étudiées ont indéniablement imprimé un certain tropisme aux travaux, se traduisant par une prépondérance assumée des développements liés au contentieux de l'excès de pouvoir, tandis que la plupart des contentieux de pleine juridiction ont été plus faiblement et moins spécifiquement affectés par le phénomène de renforcement de la stabilité des situations. Une place spécifique a toutefois été ponctuellement consacrée au contentieux contractuel de la validité, autant pour étudier une forme de recul de l'excès de pouvoir que pour examiner les techniques qui s'y sont développées et s'interroger sur l'intérêt ou les risques de leur propagation au sein du contentieux de la légalité. En outre,

et s'il est admis que les recours en référés peuvent poursuivre l'objectif de renforcer la stabilité des situations à l'encontre des perturbations provoquées par des actes illégaux, il a été choisi de limiter l'étude aux procédures aboutissant à des décisions définitives et, par suite, de les tenir en dehors du champ de la thèse.

28. Enfin, les mécanismes permettant de garantir la stabilité des situations juridiques en dehors des perspectives contentieuses et notamment face à la mutabilité des règles ou des interprétations administratives, tels que les rescrits ou les prises de positions formelles opposables⁸⁸, ont dès lors été tenus en dehors du champ de l'étude. De même, les règles du droit transitoire jurisprudentiel, qui visent à rationaliser l'évolution des normes jurisprudentielles et à limiter l'insécurité causée par leur modification, ont été écartées du périmètre de la recherche : elles relèvent en effet plus directement de la problématique de la mutabilité normative que de celle des relations entre la stabilité et les activités liées au contentieux de la légalité. Elles ont cependant pu être analysées au soutien de développements consacrés aux questions posées par certaines règles jurisprudentielles relatives à la procédure contentieuse qui s'avéraient favorables à la stabilité des situations.

29. Problématique. Lors des Entretiens du contentieux du Conseil d'État sur le thème « Principe de légalité, principe de sécurité », Daniel Labetoulle avait conclu son intervention en ouvrant les échanges auxquels il présidait dans les termes suivants : « *Bien entendu l'appréciation sur laquelle repose telle ou telle de ces évolutions jurisprudentielles – Danthony, Czabaj, CFDT – peut être critiquée. Le curseur a-t-il été placé trop loin ? Qu'on en discute : la jurisprudence a besoin de la critique. Encore faut-il bien poser le problème.* »⁸⁹. Saisissant humblement cette invitation, cette thèse entend étudier dans quelle mesure et à quel prix la stabilité des situations juridiques est assurée dans le contentieux de la légalité. Elle cherche à démontrer que les évolutions actuelles du contentieux de la légalité ont le caractère d'un phénomène global de redéfinition de sa fonction et de l'office de son juge qui, en se tournant désormais vers la stabilité des situations juridiques, entraîne une révision des équilibres qui lui sont propres.

88 Nicolas GABAYET, Lamprini XENOU (dir.), *La prise de position provoquée en droit administratif*, LGDJ Colloques & Essais, 2020 ; Pierre-Olivier RIGAUDEAU, *Le rescrit en matière administrative*, thèse Paris II, 2020.

89 Daniel LABETOULLE, intervention au colloque *Principe de légalité, principe de sécurité juridique*, Entretiens du contentieux du Conseil d'État, table ronde « Légalité et sécurité juridique en droit interne » 16 novembre 2018.

30. Méthode. À cette fin, l'analyse s'est principalement appuyée sur la jurisprudence administrative française, éclairée par les travaux doctrinaux s'y consacrant et, aussi souvent que possible, par les conclusions des rapporteurs publics. Si la conception de la légalité et de son contentieux qui a été retenue dépasse une perspective strictement administrative, il semblait justifié de concentrer de telle sorte le champ de l'étude dans la mesure où le juge administratif demeure l'organe chargé – au moins quantitativement – de la partie essentielle du contentieux de la légalité, et où le cadre de son action est celui qui a le plus nettement évolué ces dernières années.

31. Droit européen. Il est par ailleurs apparu nécessaire de faire usage du droit européen. Dans la mesure où il est fréquemment, et à juste titre, considéré comme l'un des vecteurs les plus influents du principe de sécurité juridique et un moteur des mutations du droit interne, son observation devait permettre de retracer l'origine et de suivre la trajectoire de certaines évolutions du droit public français. La jurisprudence des cours européennes est également à la source de plusieurs des limites auxquelles le phénomène de renforcement de la stabilité des situations juridiques en droit interne a pu se heurter, tant au nom du respect des droits de l'Homme que de l'effet utile du droit de l'Union européenne, aussi son analyse s'imposait-elle dans le cadre de ces travaux.

32. Droit belge. Sans présenter l'ambition d'une analyse de droit comparé ni en revendiquer la méthodologie, le choix a également été fait de s'intéresser de manière régulière au droit administratif belge. Des considérations conjoncturelles auraient pu suffire à motiver cette approche, dès lors que la réforme des lois coordonnées sur le Conseil d'État de 2014 a porté sur des enjeux très semblables à ceux du droit administratif français, relatifs au développement du pouvoir de modulation ou bien aux techniques de régularisation des actes illégaux en cours d'instance. Des raisons structurelles la justifiaient d'autant plus : le droit belge est ainsi construit selon un modèle dualiste inspiré de la tradition juridique française, tout en étant le produit d'un croisement de cultures juridiques qui l'a rendu plus perméable aux thèses subjectivistes. Les réponses qu'il apporte aux problématiques actuelles du droit administratif peuvent dès lors se rapprocher de celles du droit français ou s'en écarter, de telle sorte qu'il se présente à l'observation tantôt comme un miroir, comme une photographie ou comme une boule de cristal. Enfin, dans la mesure où les juridictions belges et françaises ont fréquemment pris part de manière concomitante à un dialogue avec les juridictions européennes sur des thématiques telles que celle du maintien des effets des actes contraires au

droit de l'Union, il semblait particulièrement pertinent d'utiliser le droit belge comme produit de contraste pour mettre en évidence les spécificités des solutions retenues par les juridictions françaises pour l'application du droit européen.

33. La tendance contemporaine au renforcement de la stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité pourrait faire perdre de vue que cette exigence n'a jamais été ignorée par le juge et les règles procédurales qui le gouvernent : la dialectique qui l'oppose à la légalité est bien celle sur la base de laquelle sont établis les équilibres entre les objectifs de conformité des actes aux normes supérieures, d'effectivité du droit au recours mais également de sécurité juridique et de paix sociale qui sont poursuivis par l'institution des voies de droit. Mécaniquement, la valorisation de l'un des éléments de cette relation semble dès lors ne pouvoir être obtenue qu'au détriment d'un autre.

34. Il est aisé de s'en apercevoir sur le plan des conditions de recevabilité du recours. La volonté de favoriser l'exigence de stabilité est à l'origine de la fermeture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir et de la migration de certains recours vers celui du juge de pleine juridiction, dont les portes sont mieux gardées. La stabilité est ainsi obtenue au prix d'un affaiblissement du droit au recours, voire d'atteintes à sa substance (**Partie I**).

35. Un constat similaire peut être dressé sur le plan de l'office du juge. La poursuite de l'objectif de garantir la stabilité des situations juridiques s'est opérée au moyen d'évolutions de ses modes de raisonnement et de son approche de la notion même de légalité, qui paraissent induire une transformation de sa relation aux parties, de sa fonction de contrôle de la puissance publique et, plus largement, de sa position de garant du respect du droit (**Partie II**).

Partie I - La stabilité des situations juridiques comme finalité d'une restriction des conditions de recevabilité des recours

36. Droit d'accès au juge. Le droit au recours, qui recouvre certaines exigences d'ordre qualitatif comme celles du procès équitable et de l'effectivité du recours, suppose avant tout la possibilité pour toute personne intéressée d'accéder à un juge devant lequel elle pourra faire valoir ses droits ou obtenir la sanction d'une illégalité lui faisant grief. Le droit d'accès au juge, également désigné par les expressions de droit au juge ou de droit (d'accès) à un tribunal, est à ce titre « *une composante fondamentale de l'État de droit* », voire « *la condition même de son existence* »⁹⁰ : l'acceptation par la puissance publique de sa propre soumission au droit ne peut en effet être concrétisée que par l'existence d'une organisation juridictionnelle et de voies de droit pouvant être empruntées par les justiciables pour obtenir la garantie des droits substantiels qui leur sont reconnus. Si, malgré son importance capitale, le droit d'accès au juge est rarement envisagé en lui-même dans les textes les plus élevés de la hiérarchie des normes en droits interne et européen, il est unanimement reconnu comme l'une des principales dimensions du droit au recours par les différents juges chargés d'en assurer le respect.

37. Sources. C'est ainsi sur le fondement de l'article 16 de la DDHC, qui évoque de manière générale le principe de garantie des droits, que le Conseil constitutionnel a reconnu en 1996 l'existence d'un droit « *d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »⁹¹, tandis que, dans l'arrêt *Dame Lamotte* de 1950, le Conseil d'État a fait découler des principes généraux du droit la possibilité d'exercer « *même sans texte* » un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif⁹². Le Conseil d'État reconnaît aujourd'hui l'existence d'un « *droit constitutionnellement garanti de toute personne à un recours effectif à une juridiction* »⁹³, dont il souligne qu'il est « *également garanti par les stipulations du paragraphe 1 de l'article*

90 Brunessen BERTRAND, Jean SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Émilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 564.

91 CC, 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*. Le commentaire autorisé de cette décision souligne très explicitement qu'elle marque la consécration d'un « *droit d'accès à un tribunal* » dans la jurisprudence constitutionnelle. Dans sa décision 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, le Conseil constitutionnel s'était déjà référé « *aux droits de recours des intéressés à l'encontre des mesures d'éloignement du territoire dont ils ont pu faire l'objet* ». De même, la décision 93-335 DC sur la loi « Bosson » Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction évoquait un « *droit des intéressés d'exercer des recours* », auquel elle reconnaissait qu'il n'était pas porté d'atteinte substantielle par les dispositions contestées.

92 Xavier DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *NCCC* 2014, n° 44.

93 CE, avis, 6 mai 2009, n° 322713, *Jafor Khan* ; Karine FOUCHER, « Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cah. GRIDAUH* 2018, n° 32, p 99.

6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁹⁴.

38. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet jugé dès 1975, dans son arrêt *Golder c/ Royaume-Uni*, que « le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 ». Cette stipulation, qui est le siège du droit à un procès équitable, « garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil » et « consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect »⁹⁵. Le droit au juge est ainsi consacré « en tant que tel » comme un droit fondamental par la Cour de Strasbourg, dans un champ matériellement limité à celui des droits de caractère civil au sens de la Convention⁹⁶. Parallèlement, une autre stipulation fonde un droit d'accès à un tribunal dans les hypothèses de violation des droits qu'elle confère au justiciable : l'article 13 de la Convention, relatif au droit à un recours effectif, « garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de [s'en] prévaloir – et donc de dénoncer le non-respect – des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés »⁹⁷.

39. Le droit d'accès à un tribunal est également reconnu dans le système juridique de l'Union européenne, au sein duquel il revêt une dimension particulière. Le caractère décentralisé de l'organisation juridictionnelle de l'Union suppose en effet que les citoyens puissent accéder, au niveau national, à une juridiction mise à même de garantir le respect des règles européennes. A cette fin, l'alinéa 2 de l'article 19 du TUE prévoit que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Le droit d'accès à un juge est dès lors envisagé de manière « fonctionnelle »⁹⁸ comme « un corollaire nécessaire de l'effectivité d'un droit résultant du droit communautaire »⁹⁹. Il apparaît également, dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, comme une composante du principe de protection juridictionnelle effective, obéissant à une logique de protection des particuliers similaire à celle de la Cour de Strasbourg¹⁰⁰. Ainsi la CJCE a-t-elle consacré ce principe comme l'un des

94 CE, 7 avril 2010, n° 315123, *M. Bruguière*.

95 CEDH, 21 février 1975, 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, § 36.

96 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 132.

97 CEDH, 27 avril 1988, 9659/82, 9658/82, *Boyle et Rice c/ Royaume-Uni*, § 52.

98 Brunessen BERTRAND, Jean SIRINELLI, *id.*, p. 570.

99 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *id.*, p. 132.

100 Brunessen BERTRAND, Jean SIRINELLI, *ibid.*

principes généraux du droit communautaire dans son arrêt *Marguerite Johnston* de 1986, en se référant à la Convention EDH. L'arrêt souligne que le principe d'un contrôle juridictionnel effectif, qui était en l'espèce exprimé par une directive imposant aux États de prévoir les mesures nécessaires à l'exercice d'un contrôle juridictionnel en matière de discriminations, se trouve « à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres » et qu'il a « également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »¹⁰¹. La Cour estime désormais que le principe général de protection juridictionnelle effective est exprimé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont elle a précisé qu'il est « constitué de divers éléments, lesquels comprennent, notamment, les droits de la défense, le principe d'égalité des armes, le droit d'accès aux tribunaux ainsi que le droit de se faire conseiller, défendre et représenter »¹⁰². Elle considère par ailleurs que le droit à un procès équitable a été « réaffirmé » par l'alinéa 2 de l'article 47 de la Charte, qui « correspond » à l'article 6 § 1 de la CESDH dans le système de l'Union¹⁰³. Sur le fondement de cette disposition, le droit d'accès à un tribunal s'étend à toutes les hypothèses d'application du droit de l'Union, aussi occupe-t-il un champ plus large qu'en droit de la CESDH où il se limite aux droits et obligations de caractère civil ou aux droits consacrés par la convention. À cet égard, la CJCE a déjà jugé, dans la lignée de l'arrêt *Marguerite Johnston*, que « l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général de droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme »¹⁰⁴.

40. Droit au recours et sécurité juridique. Reconnu et garanti par les juridictions internes et européennes, le droit d'accès au juge constitue un « droit fondamental du citoyen européen »¹⁰⁵. Il permet aux justiciables de faire valoir leurs droits ou intérêts subjectifs tout autant dans des rapports privés qu'à l'égard de la puissance publique, et de garantir le respect objectif de la hiérarchie des normes. Dans cette mesure, il peut concourir à assurer une certaine sécurité juridique. Une application stricte du principe de légalité garantit en effet la sécurité juridique dans sa dimension de prévisibilité du droit, de même que certaines exigences de la sécurité juridique sont intégrées à la substance du principe de légalité. En

101 CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston*, rec. p. 1651, §§ 18-19.

102 CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, *Europese Gemeenschap c/ Otis NV e.a.*, § 48.

103 CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-619/10, *Trade Agency Ltd c/ Seramico Investments Ltd*, § 52.

104 CJCE, 3 décembre 1992, aff. 97/91, *Oleificio Borelli SpA c/ Commission*, § 14.

105 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 124.

revanche, l'accès au juge entre inévitablement en conflit avec la sécurité juridique dans sa dimension matérielle, dès lors qu'il peut aboutir à la remise en cause de situations juridiques. Quelle que soit la légitimité du recours, le « *droit au contrôle de la légalité ne saurait être ouvert inconditionnellement à peine de placer l'ordre juridique sous une menace permanente de déstabilisation. Aussi, dans tout État de droit, cette équation se résout en subordonnant l'accès au juge de la légalité à certaines conditions de recevabilité* »¹⁰⁶.

41. Si l'institution de telles conditions se fait nécessairement au détriment du droit au recours, son caractère fondamental interdit qu'il soit réduit à néant et commande que les restrictions qui lui sont apportées soient justifiées, raisonnables et proportionnées. Ainsi, l'opposition entre les exigences du droit au recours et de la stabilité des situations juridiques ne peut pas se résoudre par le triomphe des unes sur les autres mais par la recherche d'un équilibre satisfaisant. Différents leviers peuvent être employés afin d'opérer cette conciliation : les conditions personnelles (**Titre 1**) et temporelles (**Titre 2**) de l'accès au juge se présentent comme les principaux instruments à la disposition des autorités publiques et du juge¹⁰⁷.

106 Loïc AZOULAI, Laure CLEMENT-WILZ, « Le principe de légalité », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, pp. 555-556.

107 En revanche, il apparaît que certains mécanismes qui conditionnent l'accès au juge ne sont pas institués directement dans l'objectif d'opérer une conciliation entre le droit au recours et la stabilité des situations juridiques. Il en va ainsi des recours administratifs préalables obligatoires, qui tendent plutôt à favoriser la bonne administration de la justice ou à permettre le règlement amiable des différends entre l'administration et les administrés (en ce sens, v. Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008, La documentation française, p. 11 et s.), et qui ne seront dès lors pas examinés au titre des développements qui suivent.

Titre 1 - La stabilité des situations et l'encadrement personnel de l'exercice du recours

42. Légitimité Le principe d'une restriction de l'accès au juge fondée sur la légitimité du requérant pour engager un recours contre les actes de la puissance publique est partagé par l'ensemble des systèmes juridiques¹⁰⁸. Il s'oppose à l'idée d'action populaire, issue du droit romain¹⁰⁹, fondée « *sur le postulat d'une convergence de l'intérêt collectif et de l'intérêt individuel à la répression de certains délits* »¹¹⁰, qui impliquerait la possibilité pour le citoyen de saisir le juge sans avoir à justifier d'un autre intérêt que celui tenant au respect du droit.

43. Finalités. En droit public, la limitation de l'ouverture du prétoire répond à une pluralité d'objectifs liés à la sécurité juridique, à la bonne administration de la justice et, d'une manière générale, au bon fonctionnement de l'exercice du pouvoir normatif. Sur le plan procédural, le contrôle du flux des requêtes évite ainsi l'engorgement du prétoire et l'accroissement des délais de jugement, ce qui contribue à la résolution la plus rapide possible des litiges. Sur le plan de l'action publique, l'encadrement *ratione personae* de l'accès au prétoire renforce la continuité de l'activité administrative en empêchant qu'elle soit constamment interrompue par la saisine du juge et favorise, en définitive, la stabilité des règles et des situations juridiques. De telles restrictions de l'accès au juge peuvent être organisées selon des modalités différentes, en fonction des nécessités exprimées au sein de l'ordonnement juridique¹¹¹.

44. Modalités. Certains systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois reposent ainsi sur la désignation préalable, par le pouvoir normatif, d'un certain nombre de requérants autorisés à saisir le juge. L'article 61 de la Constitution de 1958 l'illustre et réserve aux saisissants envisagés par le texte la possibilité d'introduire un recours par voie d'action devant le Conseil constitutionnel. S'il confère, pour des motifs politiques et constitutionnels, une incontestable légitimité juridique aux requérants dont la qualité suffit à fonder le droit de saisine, un tel système de restriction préalable présente un certain nombre d'inconvénients. En premier lieu, il apparaît faiblement démocratique dans la mesure où le recours ne peut pas être directement exercé par le citoyen, mais seulement par des autorités qu'il désigne plus ou moins

108 V. sur ce point Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, pp. 20-24.

109 François VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004, p. 6 et s. ; accessible en ligne sur <http://books.openedition.org/iheid/1195>.

110 *Ibid.*, § 18.

111 Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs – Etude comparée des droits français et allemand*, Mare & Martin, Bibl. Thèses 2022, pp. 32-33.

directement. En second lieu, il peut s'avérer insuffisant au regard des exigences d'un État de droit moderne, notamment en ce qu'il fait dépendre le déclenchement du contrôle juridictionnel de paramètres politiques. Il est ainsi généralement accompagné de possibilités de déclenchement du contrôle à l'initiative du citoyen justiciable. En France, ces inconvénients ont contribué à justifier l'ouverture d'une nouvelle voie de droit, la question prioritaire de constitutionnalité, qui permet désormais de combler les lacunes éventuelles du contrôle *a priori* par la mise en cause, le cas échéant, de la constitutionnalité de la loi par voie incidente.

45. L'effectivité du droit au recours et l'efficacité du contrôle de l'activité de l'administration exigent le plus souvent un degré d'ouverture supérieur en matière administrative. Adoptés à un rythme plus élevé, les actes administratifs sont en effet susceptibles de concerner les citoyens très quotidiennement et de manière plus immédiate que la loi, dont la propre application peut d'ailleurs impliquer l'intervention d'un certain nombre d'actes administratifs. Plusieurs systèmes permettent d'encadrer plus ou moins rigoureusement l'accès au prétoire sans recourir à un procédé aussi restrictif que celui de la désignation préalable et limitative d'organes constitutionnels pourvus d'un droit de saisine. La plupart conditionnent la recevabilité des recours à l'existence d'un certain degré d'affectation de la situation juridique du requérant par l'acte litigieux. Les deux principaux critères identifiés par les études de droit administratif comparé au sein des États européens sont ainsi, d'une part, celui de l'invocation d'un droit subjectif et, d'autre part, celui de l'intérêt à agir¹¹². Alors que les systèmes juridiques de tradition germanique privilégient le critère du droit subjectif, celui de l'intérêt est retenu par la majorité des systèmes de tradition française ainsi que celui de la *common law*. Quelle qu'elle soit, la condition retenue vise à éviter que les actes de la puissance publique, adoptés dans l'intérêt général, puissent être mis en cause par n'importe qui, y compris des personnes n'entrant pas dans leur champ d'application ou ne pouvant justifier de l'utilité que leur procurerait une annulation.

46. Le choix de l'une ou l'autre de ces conditions exerce cependant une puissante influence sur la nature de l'équilibre réalisé, au sein de l'ordre juridique, entre les exigences concurrentes du principe de légalité et celles de la stabilité des situations juridiques. En effet, alors que le critère du droit subjectif peut se révéler relativement exigeant et favorable à la

112 Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Puf, 2006, p. 163 et s. ; Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, 2^e ed., p. 123 et s.

sécurité des actes de l'administration, celui de l'intérêt s'avère plus généreux et permet d'admettre assez libéralement la recevabilité de recours dirigés à leur encontre. En l'érigeant en condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État entendait avant tout ouvrir largement cette voie de droit dans l'objectif de développer le contrôle de légalité, tout en conservant un degré de filtrage nécessaire à une préservation minimale de la sécurité juridique (**Chapitre 1**).

47. Sans que l'équilibre qu'il a contribué à instaurer soit aujourd'hui radicalement remis en cause, l'intérêt à agir s'est toutefois affirmé au cours de la période contemporaine en tant qu'instrument de protection de la sécurité juridique. Dans certains contentieux caractérisés par une attention accrue aux intérêts subjectifs des parties, le Conseil d'État et le législateur ont en effet renforcé le rôle joué par cette condition dans l'appréciation de la recevabilité des recours, au détriment des considérations de légalité objective qui l'ont inspirée (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - L'intérêt à agir, condition d'une protection minimale de la stabilité des situations juridiques dans un recours largement ouvert

48. Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, différentes voies de droit sont ouvertes aux administrés pour réclamer devant le Conseil d'État l'annulation administrative ou contentieuse d'actes de la puissance publique. Parmi les recours contentieux distingués par Édouard Laferrière figure le recours pour excès de pouvoir, auquel la jurisprudence des années 1830 donnera pour fondement la loi des 7-14 octobre 1790 selon laquelle « *les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi, chef de l'administration générale* ». Parallèlement à ce recours général, dont l'objet se réduit initialement à permettre de censurer l'incompétence de l'auteur d'un acte administratif, d'autres mécanismes d'annulation contentieuse sont institués par des textes spéciaux¹¹³. En l'absence de texte et « *en vertu de la règle générale qui rend une décision blessant un droit privé, opposable à l'administration, susceptible de réclamation contentieuse* »¹¹⁴, la jurisprudence reconnaît également l'existence d'un recours contentieux pour violation de la loi : selon Laferrière, « *le Conseil d'État a admis, de tout temps, d'une manière plus ou moins large, que les parties pouvaient réclamer devant lui l'annulation d'actes administratifs faits en violation de la loi et portant atteinte à leurs droits. À la vérité, ces recours n'étaient presque jamais considérés comme des recours pour excès de pouvoir ; on les désignait sous le nom de « recours contentieux... recours par la voie contentieuse »* »¹¹⁵. La jurisprudence de la fin du XIX^{ème} siècle en verra l'assimilation progressive par le recours pour excès de pouvoir, à la faveur de l'extension de ses cas d'ouverture¹¹⁶.

49. Lorsque ces recours étaient institués par la loi, les règles de procédure qui y étaient applicables pouvaient être définies par d'autres textes. Il est notamment possible de citer le célèbre décret du 2 novembre 1864 relatif à la procédure du recours pour excès de pouvoir, qui prévoyait la dispense du ministère d'avocat et qui limitait les frais de procédure aux droits de timbre et d'enregistrement. En dehors de ces dispositions ponctuelles, il semble qu'aucun texte n'ait formellement défini les conditions de recevabilité des recours généraux susceptibles d'être portés devant le Conseil d'État. À propos du recours pour excès de pouvoir, auquel aucun délai de déchéance n'avait été explicitement attribué, Laferrière précise

113 Édouard Laferrière les recense dans son *Traité de la juridiction administrative*, Paris, Berger-Levrault, 2^e ed., 1896, t. 2, pp. 405-406.

114 François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, p. 171.

115 Édouard LAFERRIERE, p. 409

116 CE, 13 mars 1867, *Bizet* ; v. François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, p. 181.

d'ailleurs que c'est la jurisprudence qui a tranché la question de l'applicabilité de l'ancien décret du 22 juillet 1806, qui prévoyait seulement de manière générale que « *le recours au Conseil d'État contre la décision d'une autorité qui y ressortit ne sera pas recevable après trois mois du jour où cette décision aura été notifiée* ». De la même manière, il est apparu nécessaire au Conseil d'État de définir les conditions personnelles de recevabilité des recours contentieux en annulation dont il pouvait être saisi.

50. Lorsque le recours pour violation de la loi était distingué du recours pour excès de pouvoir, des principes classiques l'ont ainsi amené à admettre l'atteinte à un droit acquis comme critère de recevabilité tenant à la personne du requérant. Il semblait toutefois qu'un tel raisonnement ne pouvait être purement et simplement transposé au recours pour excès de pouvoir : alors qu'il était strictement compris comme une voie de censure de l'incompétence, progressivement étendue à la violation des formes et au détournement de pouvoir, l'analyse du juge demeurait, au fond, étrangère à toute considération des droits du requérant. Sauf à admettre que ce recours put être formé par tout administré, il revenait au juge administratif de faire œuvre jurisprudentielle en élaborant un régime procédural adapté à sa fonction particulière.

51. Au tournant du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècles et au terme d'un processus d'absorption du recours pour violation de la loi au sein du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a retenu le critère de l'intérêt à agir comme condition générale de recevabilité (**Section 1**). Ce choix de politique contentieuse, qui marque l'une des avancées les plus significatives de la justice administrative, s'insère alors directement dans un objectif d'ouverture du prétoire et de renforcement du contrôle de la légalité. L'exigence de stabilité des situations juridiques n'est, quant à elle, prise en compte qu'à titre secondaire et ne peut être identifiée que comme l'un des arguments permettant d'appuyer le rejet constant de l'action populaire (**Section 2**).

Section 1 - Le choix de l'ouverture du prétoire

52. Aux origines du contentieux administratif moderne, le Conseil d'État a retenu le critère de l'intérêt à agir comme condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir afin d'ouvrir largement cette voie de droit (§ 1). Sa jurisprudence relative à cette condition, généralement qualifiée de libérale, manifeste l'existence d'une politique jurisprudentielle visant à favoriser l'accès au juge dans l'intérêt de la légalité et de la soumission de l'administration au droit (§ 2).

§ 1 - Le choix de l'intérêt à agir comme condition d'accès au juge de la légalité au cours du « moment 1900 »

53. Le droit d'action dont bénéficie tout justiciable en vertu du droit fondamental au recours peut être conditionné selon différentes modalités qui traduisent la nature du recours considéré¹¹⁷.

54. **Lésion d'un droit subjectif.** Au rang de ces conditions se trouve la lésion d'un droit subjectif. La plupart des auteurs s'accordent pour entendre cette notion comme une prérogative conférée à un sujet sur le fondement du droit objectif, permettant à son titulaire d'exiger quelque chose – action ou abstention – de quelqu'un, sous la sanction d'une action en justice¹¹⁸. La définition des droits subjectifs « *fait ainsi référence au Droit objectif, qui les fonde et les garantit* »¹¹⁹ : il s'agit, selon Rudolf Von Jhering, d'un *intérêt juridiquement protégé* que le pouvoir normatif a entendu garantir et dont la sanction peut être obtenue par l'action en justice¹²⁰. Ce caractère « *reconnu en Droit* »¹²¹ le distingue nettement de l'ensemble virtuellement infini des autres intérêts qu'un sujet de droit pourrait faire valoir. Il implique ainsi que l'auteur d'un recours, agissant pour la défense d'un droit auquel il peut prétendre ou qui lui a été légalement conféré, bénéficie d'un degré élevé de légitimité sociale¹²². En tant que condition de recevabilité, la lésion d'un droit subjectif inscrit la justice administrative dans une perspective individualiste relativement proche de rapports de droit privé, dans laquelle les droits du requérant se confrontent à ceux de la puissance publique¹²³.

55. **Contentieux administratif allemand.** Dès ses origines, le système allemand de contentieux de la légalité des actes administratifs a reposé sur une telle logique. Dans son manuel de droit administratif de 1904, le juriste allemand Otto Mayer décrit en effet la procédure de demande en nullité pour violation de la loi, permettant à un citoyen de saisir les

117 En ce sens, Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs – Etude comparée des droits français et allemand*, Mare & Martin, Bibl. Thèses 2022, p. 219.

118 Voir Daniel GUTMAN, « Droit subjectif » in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF, 2003, p. 529 ; Pierre DELVOLVE, « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Colloque AFDA n° 4, LexisNexis Litec, p. 4. ; Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, accessible en ligne sur revuegeneraledudroit.eu, chap. 9, n° 208 ; Anne JACQUEMET-GAUCHE, *Droit administratif allemand*, PUF, 2022, p. 61 et s.

119 Pierre DELVOLVE, *ibid.*

120 A propos de la conception de Von Jhering, v. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, réed. Dalloz, 2005, pp. 67-69.

121 Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés – Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, p. 281.

122 *Id.*, p. 292 et s.

123 Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Chap. 6 « Le contentieux administratif », accessible sur Revue générale du droit on line, 2015, numéro 17429 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17429).

juridictions administratives afin qu'elles contrôlent la légalité d'une décision de l'administration, en soulignant qu'elle suppose que le requérant soit « *lésé dans ses droits* »¹²⁴. Cette caractéristique de la demande en nullité est d'ailleurs présentée par cet auteur comme l'une des principales différences entre cette procédure et celle du recours pour excès de pouvoir français.

56. Source de l'exigence. En droit positif allemand, les règles relatives à la recevabilité des recours contentieux en matière administrative sont encore très fortement inspirées de l'action civile¹²⁵. L'article 19 de la loi fondamentale consacre ainsi le droit fondamental à un recours juridictionnel pour « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique* », la référence aux « *droits* » du citoyen révélant une subjectivisation présente dans la « *base constitutionnelle* »¹²⁶ même du système de recours. Ce droit est mis en œuvre par le paragraphe 42 de la loi du 23 janvier 1960 sur les juridictions administratives, qui prévoit que l'action en annulation d'une décision administrative individuelle ou l'action en carence ne sont en principe recevables que si leur auteur « *fait valoir qu'il est lésé dans ses droits* »¹²⁷. En toute hypothèse, le requérant doit simplement se prévaloir de la lésion d'un droit en invoquant des éléments probants, l'appréciation de la réalité de la violation d'un tel droit relevant du fond du litige et non de sa recevabilité¹²⁸.

57. Sources des droits subjectifs. L'action en annulation doit donc reposer sur l'invocation d'un des droits subjectifs que la constitution ou la loi garantissent au requérant. La loi fondamentale allemande, qui consacre « *l'ensemble des droits fondamentaux de l'individu* »¹²⁹ est à même de justifier la recevabilité de nombreux recours. En ce qui concerne la loi, la reconnaissance d'un droit public subjectif n'est possible que lorsque le législateur « *a entendu poser une règle de droit dans l'intérêt de la catégorie de personnes à laquelle appartient le*

124 Otto MAYER, *Droit administratif allemand*, tome 1, section 3, § 14 (Des matières contentieuses), n° 248, accessible sur Revue générale du droit on line, 2020, numéro 50557 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=50557).

125 Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006, p. 177 ; Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, LGDJ, 1971, p. 65, les auteurs soulignent que l'acte administratif est, en droit allemand, nécessairement un acte individuel visant un cas particulier.

126 Matthias RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis 2011, p. 150.

127 Ce principe législatif rencontre des exceptions, notamment en matière de droit de l'environnement, au profit des associations de protection qui peuvent agir en l'absence de véritable droit subjectif.

128 Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs – Etude comparée des droits français et allemand*, Mare & Martin, Bibl. Thèses 2022, p. 73.

129 Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, rapport final, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la CEE*, Collection études de la Commission des communautés européennes, série concurrence – rapprochement des législations p. 49.

requérant et non pas exclusivement dans l'intérêt de la collectivité ou d'une autre catégorie de personnes »¹³⁰. L'exigence d'un droit subjectif exerce ainsi une « *fonction restrictive au plan contentieux* »¹³¹, dès lors que l'existence d'un tel droit dépend de l'interprétation des règles du droit objectif : la disposition considérée doit « *avoir pour objet de protéger des intérêts spécifiques de catégories de particuliers et non l'intérêt général* », le juge pouvant toutefois considérer « *au regard des évolutions économiques, philosophiques ou sociales, qu'une règle de droit autrefois édictée dans l'intérêt général peut désormais être considérée comme ayant été prise en vue de la protection de certains intérêts individuels* »¹³².

58. Droits des destinataires et des tiers. La « *théorie de l'adressataire* »¹³³ permet au destinataire d'une décision de satisfaire la condition de lésion d'un droit subjectif par une présomption d'atteinte¹³⁴ fondée sur le droit au libre épanouissement personnel garanti par l'article 2 de la loi fondamentale¹³⁵. La question de la recevabilité se pose dès lors essentiellement dans le cas du recours des tiers contre les décisions individuelles, et elle est examinée « *sous un angle très restrictif* », un lien devant être établi entre « *la situation factuelle et la règle de droit subjectif destinée à protéger ces tiers* »¹³⁶. Si le système allemand d'actions peut conduire à des solutions favorables aux justiciables en retenant du droit subjectif une interprétation évolutive et large, particulièrement en ce qui concerne le destinataire d'une décision, il « *demeure sensiblement plus restrictif que le système français, car tous les intérêts ne sont pas juridiquement protégés* »¹³⁷. La condition de lésion d'un droit subjectif peut en effet, dans certains cas, constituer un obstacle insurmontable pour les tiers¹³⁸ : le professeur Mathias Ruffert souligne ainsi que « *dans la pratique, beaucoup de recours échouent pour des motifs tenant à la recevabilité, parce que le requérant ne peut pas*

130 Michel FROMONT, *id.*, p. 178.

131 Anne JACQUEMET-GAUCHE, *Droit administratif allemand*, pp. 61-62.

132 Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, pp. 104-105.

133 Mathias RUFFERT, *id.*, p. 151.

134 Paul CASSIA, *id.*, p. 106.

135 D'après l'article 2 de la loi fondamentale, « *chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale* ». La Cour constitutionnelle fédérale en déduit que « *le droit au libre développement d'une personnalité comprend le droit fondamental de ne pas être placé par l'État dans une position désavantageuse qui ne serait pas constitutionnelle* » (BverfG 8 janvier 1959, n° 8, E., 9, p. 83-89).

136 Paul CASSIA, *id.*, p. 107 ; les exemples classiques des actions d'entreprises contre l'attribution d'une autorisation à un concurrent ou du droit de l'urbanisme sont ainsi généralement évoqués par les auteurs pour souligner dans quelle mesure la recevabilité de l'action des tiers peut se heurter au défaut de reconnaissance d'un droit public subjectif (voir notamment les références citées par cet auteur, pp. 107-110 ; également, Michel FROMONT, *id.*, p. 179).

137 Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, rapport final, précité, *ibid.* ; en ce sens, v. également Anne JACQUEMET-GAUCHE, *Droit administratif allemand*, PUF, 2022, pp. 244-245.

138 Michel FROMONT, *id.*, p. 179.

faire valoir cette lésion d'un droit public subjectif (...) bien que l'illégalité de l'acte mis en question soit plutôt probable dans quelques cas »¹³⁹.

59. Contentieux administratif français. Afin d'étendre le domaine du contrôle de légalité¹⁴⁰, le contentieux administratif français s'est pour sa part éloigné dès la fin du XIX^{ème} siècle de sa perspective initialement subjectiviste¹⁴¹ au profit de la conception objective qui prévaut encore essentiellement aujourd'hui dans le contentieux de l'annulation.

60. Un contentieux des droits. Dans les premières décennies du XIX^{ème} siècle, le « *critère général de la recevabilité des recours contre les actes administratifs* » permettant d'opérer une distinction entre les « *actes de pure administration* », échappant au contrôle du juge, et ceux relevant de la « *matière contentieuse* », pouvant lui être déférés, est ainsi « *l'existence ou l'absence d'un droit reconnu à un particulier comme opposable à l'administration* »¹⁴². Les matières contentieuses sont alors identifiées comme celles où l'administration est « *tendue à respecter des droits privés* », résultant de contrats, de titres ou de textes : « *pour peu, dès lors, que l'on soutienne que l'administration a froissé ou violé un droit qu'elle était tenue à respecter, il y a décision contentieuse ouvrant le champ aux investigations du juge* »¹⁴³. À l'inverse, les matières administratives représentent « *la catégorie d'actes à propos desquels les agents publics passent pour disposer d'un pouvoir discrétionnaire* »¹⁴⁴. Dans ces matières, les actes de l'administration ne peuvent léser de droits des administrés et, s'ils peuvent heurter leurs intérêts, cette circonstance ne suffit pas à fonder un recours contentieux.

61. Cette « *conception strictement subjective des recours contentieux* »¹⁴⁵ présentait l'inconvénient de troubler la frontière entre les conditions de recevabilité de l'action et ses mérites au fond, et limitait par ailleurs gravement les garanties des administrés en excluant certains actes du contrôle juridictionnel. Le progrès de l'objectivisme a permis de remédier à ces défauts par deux étapes principales.

62. Développement du contrôle objectif. La première est l'affirmation du recours pour excès de pouvoir comme mécanisme de contrôle objectif des actes administratifs, des années

139 Matthias RUFFERT, *id.*, p. 151.

140 Ioannis MICHALIS, *op. cit.* p. 221.

141 Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 348.

142 François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Puf, pp. 154-156.

143 *Id.*, p. 156.

144 *Ibid.*

145 *Id.*, p. 162.

1825 jusqu'à la fin des années 1860. Instituée sans fondement juridique précis au début du XIX^{ème} siècle, cette voie de droit se structure de manière « *prudente* »¹⁴⁶ à la fin de la Restauration comme un recours contre les seuls actes relevant de la pure administration. En rattachant ce recours aux dispositions de la loi des 7 et 14 octobre 1790, d'après laquelle « *les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi* », la jurisprudence du Conseil d'État des années 1830 soulignait qu'il s'agissait alors d'une procédure distincte du « *recours ouvert par la voie contentieuse quand l'acte contre lequel on réclame a violé un droit* »¹⁴⁷, qui trouvait pour sa part un fondement dans le « *principe général d'après lequel l'acte administratif qui porte atteinte à un droit peut donner naissance à une réclamation devant le juge administratif* »¹⁴⁸. Ouvert contre des actes administratifs ne portant pas de telle atteinte à des droits subjectifs, le recours pour excès de pouvoir permettait au Conseil d'État de prononcer leur annulation sur des fondements objectifs, et particulièrement au regard de l'incompétence de leur auteur : « *alors qu'il n'était qu'une juridiction bornée à la protection des droits privés* », il commençait ainsi « *à prétendre au rôle de censeur de l'action administrative, en sorte du moins qu'elle ne transgresse pas les lois de compétence* »¹⁴⁹.

63. Cette tendance s'est accentuée à partir du Second Empire, avec l'extension des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir à la violation des formes et au détournement de pouvoir. Après avoir développé le contrôle objectif de la légalité des actes de pure administration, le Conseil d'État a poursuivi ce mouvement d'objectivisation en procédant à l'extension du contrôle de l'excès de pouvoir aux actes relevant de la matière contentieuse par l'arrêt *Bizet* de 1867. Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Aucoc¹⁵⁰, le Conseil d'État prononça l'annulation d'une mesure relevant des matières contentieuses au titre de l'excès de pouvoir caractérisé par l'incompétence de l'auteur de l'acte.

64. L'objectivisation du contrôle de l'ensemble des actes administratifs n'avait pourtant pas complètement remis en cause le caractère subjectif du recours¹⁵¹ : comme le souligne le

146 *Id.*, p. 172.

147 Léon AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol. 1 : 1831-1940*, p. 77.

148 Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^e ed., 1896, p. 409.

149 François BURDEAU, *id.*, p. 172.

150 Léon AUCOC, *id.*, p. 75 et s.

151 V. en ce sens Pierre-Yves SAGNIER, « Léon Aucoc, le juge administratif et les recours », *RFDA* 2018, p. 602, qui souligne que la recevabilité du recours est appréciée par Léon Aucoc, dans l'affaire *Bizet*, au prisme

professeur Burdeau, à la fin du XIX^{ème} siècle, « l'idée (...) demeure qu'en principe il ne saurait exister de contentieux là où il n'y a pas de droit qui réclame », et la dimension objective du recours pour excès de pouvoir est encore « fort incertaine »¹⁵². L'abandon de la condition de recevabilité tenant à l'invocation d'un droit lésé devait permettre de confirmer le caractère objectif du recours contentieux en annulation des actes administratifs. Dans les deux éditions du *Traité de la juridiction administrative*, respectivement publiées en 1888 et en 1896, Laferrière reconnaît déjà que le Conseil d'État suit cette voie : l'auteur affirme que « la qualité requise pour former un recours naît de l'intérêt direct et personnel que la partie peut avoir à l'annulation de l'acte », et considère même qu'il s'agit d'« une règle depuis longtemps consacrée par la jurisprudence »¹⁵³.

65. « Moment 1900 ». Cette seconde étape est explicitement franchie au cours du « moment 1900 »¹⁵⁴ décrit par le professeur Fabrice Melleray. Les premières années du XX^{ème} siècle sont ainsi caractérisées par une politique jurisprudentielle particulièrement libérale, qui voit notamment le juge renoncer clairement à la condition de la lésion d'un droit subjectif. L'arrêt *Casanova* de 1901, qui juge que les requérants « ont intérêt à faire déclarer (...) nulle de droit »¹⁵⁵ une délibération inscrivant une dépense au budget municipal en leur qualité de contribuables de la commune, marque avec éclat le début d'une « *salve d'arrêts* »¹⁵⁶ admettant, en excès de pouvoir, l'action de requérants au regard d'une simple atteinte à leurs intérêts¹⁵⁷, sans considération d'un quelconque droit individuel.

66. Réception doctrinale. La doctrine du début du XX^{ème} siècle a expliqué cette évolution par la nature et la fonction du recours pour excès de pouvoir¹⁵⁸. Dans sa note sous l'arrêt *Ville d'Avignon* de 1899¹⁵⁹, Maurice Hauriou décrit déjà le recours pour excès de pouvoir comme un « un moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration », placé entre

du critère de la lésion des droits acquis.

152 François BURDEAU, *id.*, pp. 182-183 ; en ce sens, v. Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e, tome 2, Paris, 1897, pp. 17-18 : « il faut que le litige soit suscité par un acte administratif proprement dit et que la réclamation à laquelle donne lieu l'acte administratif soit fondée sur la violation d'un droit, et non pas seulement sur la violation d'un intérêt ».

153 Édouard LAFERRIERE, *op. cit.* (2^e ed.) p. 436 (1^{ère} ed. p. 405).

154 Fabrice MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif – Le « moment 1900 » et ses suites », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Colloque 2014 Association des juristes de contentieux public, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, p. 15 (également *AJDA* 2014, p. 1530).

155 CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. p. 333, S. 1901, III, 73, note Maurice HAURIOU.

156 Fabrice MELLERAY, *id.*, p. 20. Cf. infra, cette Section, § 2, B.

157 François BURDEAU, *id.*, pp. 261-267.

158 V., sur la domination doctrinale des thèses des écoles de Bordeaux et Toulouse, Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Dalloz, 2003, p. 350.

159 CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S. 1900, III, 73, note Maurice HAUROU.

les mains de justiciables agissant à la fois pour leur propre intérêt et dans celui de la puissance publique, comme des « *surveillants de l'Administration* » : « *dans l'instance engagée, ils ne sont pas des parties en cause défendant leur droit, leur situation se rapproche de celle d'un ministère public poursuivant la répression d'une contravention* ». Léon Duguit, alors principal tenant de la doctrine objectiviste française, a notamment perçu dans la jurisprudence du « moment 1900 » la manifestation du « *caractère objectif du recours pour excès de pouvoir* ». Dans *Les transformations du droit public*¹⁶⁰, il souligne que « *tout administré peut former le recours pour excès de pouvoir et demander au Conseil d'État de juger si l'acte a été fait ou non conformément à la loi* », sans qu'il soit besoin d'invoquer un droit et dès lors qu'il se prévaut d'un intérêt, pouvant être « *tout à fait indirect* ». Il envisage cette condition comme un mécanisme visant simplement à « *éviter des abus* » tout en permettant une ouverture très large du recours. Il affirme ainsi que le contrôle de l'excès de pouvoir « *n'est point fondé sur le droit subjectif de l'individu, s'opposant au droit de puissance de l'État ; il est tout entier fondé sur la défense de la légalité, du droit objectif, de la loi du service public* ». L'idée selon laquelle « *chaque individu est en quelque sorte agent du ministère public* » y est reprise et amplifiée : le requérant « *collabore à la protection de la légalité (...). Sans doute les individus qui agissent ont un intérêt ; mais ce n'est pas en réalité cet intérêt que protège le droit ; c'est le service public ; c'est son bon fonctionnement ; c'est le respect de la loi. L'administré est armé d'une sorte d'action populaire pour obtenir cette protection* ».

67. Fonction de la condition d'intérêt. Le choix de l'intérêt à agir comme condition de recevabilité est indéniablement celui d'une ouverture large du prétoire, plus vaste que celle qu'aurait permis un critère tenant à l'atteinte à un droit subjectif. Il fait ainsi du recours pour excès de pouvoir, selon l'expression de Léon Aucoc, une « *souape de sûreté* »¹⁶¹ permettant au citoyen lésé par l'action de l'administration de saisir un juge chargé de veiller au respect de la loi. À travers l'action du requérant soucieux de ses intérêts, le recours pour excès de pouvoir est cependant conçu comme poursuivant une finalité plus large de « *préservation de l'ordre au sein des services administratifs* »¹⁶², comme le souligne Édouard Lafferrière lorsqu'il affirme que « *la vigilance des intérêts lésés* » est « *la meilleure sauvegarde de la légalité* »¹⁶³. À la période contemporaine, cette idée est notamment reprise par le professeur

160 Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, accessible sur Revue générale du droit on line, 2015, numéro 17429, Chapitre VI.

161 Léon AUCOC, *id.*, p. 79.

162 Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 349.

163 Édouard LAFERRIERE, *id.*, p. 436.

René Chapus qui présente le recours pour excès de pouvoir comme un « *recours d'utilité publique* », dont l'objet est « *la sauvegarde de la légalité* »¹⁶⁴.

68. Essor de la condition d'intérêt. Affirmée avec constance par le juge administratif, cette condition de recevabilité du recours contre les actes administratifs paraît bénéficier, dans son principe, d'une reconnaissance constitutionnelle : le Conseil constitutionnel a en effet considéré, dans sa décision sur la *Loi relative à la liberté de communication*, instituant la CNIL, que cette dernière « *sera, à l'instar de toute autorité administrative, soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute personne qui y aurait intérêt* »¹⁶⁵. De nombreux systèmes européens de contrôle de la légalité des actes administratifs emploient également ce critère. Ainsi, alors que cette exigence ne repose en droit administratif interne sur aucun texte mais semble découler de l'adage « pas d'intérêt, pas d'action »¹⁶⁶, le droit administratif belge la consacre explicitement dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État. L'article 19 indique en effet que les recours peuvent être portés devant la section du contentieux administratif « *par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt* »¹⁶⁷. Il mérite par ailleurs d'être relevé que « *la Constitution belge présente l'originalité d'ouvrir la saisine de la Cour d'arbitrage [aujourd'hui Cour constitutionnelle] à toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt* »¹⁶⁸, dont le juge constitutionnel retient une « *interprétation très large* »¹⁶⁹.

69. L'exigence d'un intérêt n'est cependant pas propre aux contentieux objectifs portant sur la conformité d'un acte aux règles supérieures : elle est commune à tous les recours¹⁷⁰ et se retrouve naturellement dans les contentieux subjectifs, comme le contentieux de la responsabilité ou le contentieux contractuel. Si, dans ces matières, les recours visent bien « *à la reconnaissance de droits subjectifs* »¹⁷¹ au profit de l'une des parties, « *il ne faut pas croire que [leur] recevabilité (...) serait subordonnée, comme on l'affirme généralement, à la*

164 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat, Montchrestien, 13^e ed, p. 230.

165 CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, § 23 (nous soulignons).

166 Gilles PELLISSIER, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité » (act. Mai 2018), § 249.

167 Sur ce sujet, v. Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, p. 323 ; David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, Larcier, 2020, p. 116 et s.

168 Francis DELPEREE, Anne RASSON-ROLAND, chron. « Belgique » in *AJJC* 5-1989, 1991, p. 369 ; cf. l'art. 142 de la Constitution belge et l'art. 2 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle (LSCC).

169 Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 327.

170 Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e ed., p. 278 ; Olivier LE BOT, *Contentieux administratif*, Bruylant, Paradigme, 5^e ed., p. 212.

171 Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, 4^e ed., LGDJ, Manuel, p. 54.

justification d'un droit lésé ; cette justification se rapporte à l'examen du bien-fondé du recours »¹⁷². La doctrine constate assez unanimement que la question de l'intérêt à agir du requérant dans ces contentieux subjectifs ne soulève pas de difficulté¹⁷³ : comme le souligne le professeur Chapus, « *il y a rarement matière à douter que celui qui réclame la reconnaissance d'un droit subjectif, dont il s'affirme titulaire, n'ait pas un intérêt donnant qualité à agir* »¹⁷⁴.

70. Libérale dans son principe, la condition de l'intérêt à agir l'est également dans son application.

§ 2 - L'interprétation large de l'intérêt à agir comme moyen d'affirmation du recours pour excès de pouvoir en tant qu'instrument de contrôle de légalité

71. En tant que condition de recevabilité, l'intérêt à agir est apprécié par le juge selon plusieurs modes de raisonnement différents qui partagent pour objectif de favoriser l'accès au prétoire et, partant, le contrôle de légalité. L'intérêt du requérant peut ainsi être caractérisé par l'analyse empirique et subjective du degré auquel l'acte l'affecte (**A**). Le « moment 1900 » a par ailleurs assisté au développement de présomptions d'intérêt à agir, qui permettent au requérant d'établir son intérêt par la seule invocation d'une qualité objective pertinente (**B**).

A - Le libéralisme de la jurisprudence relative à l'appréciation subjective de l'intérêt donnant qualité à agir

72. Au sens strict, l'intérêt dont le requérant doit justifier peut être entendu comme « *l'utilité que présente pour [lui] la solution du litige qu'il demande au juge d'adopter* »¹⁷⁵. C'est ainsi que l'envisage l'article 31 du code de procédure civile, qui dispose que l'action est ouverte à ceux qui justifient d'« *un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ». Toutefois, aussi libérale que puisse être la jurisprudence administrative, tout intérêt dont se prévaut un requérant n'est pas de nature à garantir son accès au prétoire : il doit respecter certaines conditions permettant de considérer, selon une expression propre au droit administratif

172 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 467.

173 Catherine TEITGEN-COLLY, « Avant-propos » in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, p. 4 ; Olivier LE BOT, *ibid.*

174 René CHAPUS, *id.*, p. 469.

175 Gilles PELLISSIER, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité », § 249.

français¹⁷⁶, que l'intérêt « donne qualité à agir »¹⁷⁷. Cette notion polysémique doit ici être entendue comme un « *pouvoir d'agir* »¹⁷⁸ ou un « *droit d'action* »¹⁷⁹ résultant de la démonstration d'un intérêt correspondant aux conditions requises¹⁸⁰. Dégagées par la jurisprudence¹⁸¹, celles-ci font l'objet d'une appréciation traditionnellement généreuse, gouvernée par le souci du respect de la légalité.

73. Intérêt à agir en contentieux administratif. Si l'exigence d'un simple intérêt est un élément favorable à ceux qui souhaitent exercer les recours contentieux, elle ne l'est pas autant pour ceux qui tentent de les étudier. La doctrine considère avec unanimité et constance que la jurisprudence administrative relative à l'intérêt à agir, « *extraordinairement abondante et nuancée, faite bien souvent d'arrêts implicites* »¹⁸², est « *rétive aux systématisations* »¹⁸³. Si « *tout est affaire d'espèces* »¹⁸⁴, il est tout de même possible d'identifier relativement précisément un certain nombre de conditions contrôlées par le juge et d'en proposer une mise en ordre au moins indicative. Les classifications doctrinales s'accordent avec une certaine unité pour considérer que l'intérêt pour agir résulte en premier lieu de « *l'affectation* »¹⁸⁵ ou de la « *lésion* »¹⁸⁶ par l'acte litigieux d'un intérêt du requérant, d'ordre juridique, matériel ou moral¹⁸⁷. Cette atteinte à ses intérêts¹⁸⁸ doit présenter un caractère suffisamment important, qui

176 Si les notions d'intérêt et de qualité à agir sont employées en droit de l'Union européenne, Stéphane Gervasoni affirme qu'« à Luxembourg, la formule de l'intérêt qui donne qualité pour agir n'a pas de sens » (« Intérêt et qualité pour agir : du nouveau devant les juridictions européennes ? », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, *op. cit.*, p. 83). En droit belge, la notion de qualité à agir renvoie principalement à la qualité reconnue à une personne pour agir pour le compte d'autrui, et l'analyse de la situation objective du requérant semble prise en compte à travers l'exigence que l'intérêt soit personnel et direct. L'expression « d'intérêt donnant qualité à agir » n'est donc pas employée par le Conseil d'État belge, et celle d'intérêt à agir désigne à elle seule la condition de recevabilité tenant à l'intérêt que représente le recours pour celui qui l'engage.

177 René CHAPUS, *id.*, p. 476 ; Agathe VAN LANG, « Intérêt pour agir » in Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7^e ed., p. 253.

178 Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP* 1971, p. 49.

179 Patrick CHARLOT, « L'actualité de la notion de qualité donnant intérêt à agir », *RFDA* 1996, p. 481.

180 L'expression « qualité à agir » peut ainsi être comprise comme équivalente à la notion de recevabilité. Dans d'autres acceptions, elle renvoie à la capacité d'une personne à agir pour son compte ou celui d'autrui, ou à la situation objective du requérant, agissant au titre d'une qualité dont il se réclame.

181 Y compris lorsque l'exigence procédurale de l'intérêt à agir est prévue par un texte législatif. En ce sens, v. David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 118.

182 René CHAPUS, *ibid.*

183 Olivier LE BOT, *op. cit.*, p. 214.

184 Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 279.

185 Paul CASSIA, « Intérêt à agir des personnes physiques », obs. n° 32 sur CE, sect., 14 février 1958, *Sieur Abisset*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif (GACA)*, Dalloz, 5^e ed., p. 672 ; Gilles PELLISSIER, *id.*, § 253.

186 René CHAPUS, *id.*, p. 467 ; Olivier LE BOT, *id.*, p. 215 ; David BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n° 24, p. 6.

187 Gilles PELLISSIER, *id.*, § 253.

188 Le terme de « *grief* » est également employé par certains auteurs, par ex. Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 69.

« se mesure à travers la réunion d'un faisceau d'éléments »¹⁸⁹ assez clairement défini. Selon le professeur Benoît Plessix, « si l'on résume une jurisprudence nécessairement foisonnante et casuistique, il est possible de dire que celle-ci exige de celui qui exerce un recours pour excès de pouvoir l'obligation de faire valoir un intérêt suffisamment personnel, direct et certain, de nature à établir un minimum de lien entre l'acte attaqué et la situation de celui qui l'attaque »¹⁹⁰. Dans le même sens, l'assemblée générale du Conseil d'État de Belgique juge qu'« une partie requérante dispose de [l'] intérêt requis en droit si deux conditions sont remplies : tout d'abord, l'acte administratif attaqué doit lui causer un préjudice personnel, direct, certain actuel et lésant un intérêt légitime ; ensuite, l'annulation de cet acte qui interviendra éventuellement doit lui procurer un avantage direct et personnel, si minime soit-il »¹⁹¹.

74. Ces caractères requis par la jurisprudence (1) permettent à un requérant d'invoquer un simple intérêt froissé pour obtenir l'annulation d'un acte juridique et « révèlent un libéralisme indiscutable »¹⁹² du juge administratif (2), mais l'absence ou l'insuffisance de l'un d'entre eux s'opposera immanquablement à ce que l'intérêt à agir soit reconnu, ou à ce que l'intérêt envisagé donne qualité à agir, ce qui provoquera en toute hypothèse l'irrecevabilité de la requête.

1 - L'identification des caractères de l'intérêt donnant qualité pour agir

75. **Légitimité.** L'exigence de légitimité, qui est parmi les plus clairement identifiées, peut être envisagée plus sommairement. Elle vise essentiellement à empêcher l'exercice d'un recours visant à la sauvegarde d'une situation irrégulière¹⁹³. Le juge considère en conséquence

189 Paul CASSIA, *GACA*, p. 672.

190 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2^e ed., p. 1403. Certaines conditions supplémentaires sont parfois évoquées par les auteurs. Il en va ainsi de l'exigence de « réalité » de l'intérêt à agir (René CHAPUS, *id.*, p. 473 ; Camille BROUELLE, *id.*, p. 70), qui semble toutefois pouvoir se fonder dans plusieurs des autres critères d'appréciation du degré d'affectation, notamment dans l'exigence d'une lésion ou dans les caractères direct et personnel de l'intérêt. De même peut-il être indiqué que l'intérêt invoqué devrait être « adapté » (Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 282) ou « pertinent » (René CHAPUS, *id.*, p. 480, cet auteur emploie également le terme « adéquat »). Cette condition paraît cependant moins relever du degré d'affectation du requérant que de la qualité objective dont il se réclame afin de caractériser cette affection, et sera donc envisagée dans un développement ultérieur.

191 CE (Belgique), ass. gén., 15 janvier 2019, n° 243.406, *Van Dooren* ; également CE (Belgique), 15 décembre 2005, n° 152.817, *Lipman*.

192 Emmanuel PIWNICA « A propos de l'intérêt à agir devant la juridiction administrative », in *L'accès au juge, l'intérêt à agir*, *op. cit.*, p. 40 ; voir cependant Élise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, 2345.

193 CAA Marseille, 26 juin 2015, n° 14MA00177, *SARL Sosogood* : « la société requérante ne peut être regardée comme ayant exercé un recours pour la sauvegarde d'une situation irrégulière ou avoir créé délibérément une situation irrégulière afin de provoquer la décision qu'elle conteste ; (...) la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'un intérêt légitime de la SARL Sosogood à agir doit être (...) écartée » ; v.

que la lésion d'un intérêt illégitime ne peut donner qualité à agir. Il en va ainsi notamment dans l'hypothèse où le requérant a créé délibérément une situation irrégulière en réponse à laquelle intervient la décision qu'il conteste¹⁹⁴.

76. Caractère personnel. Conceptuellement distincte de la notion d'intérêt *individuel* qui sous-tend le droit subjectif¹⁹⁵, l'exigence que l'intérêt invoqué soit *personnel* exprime l'adage selon lequel « nul ne plaide par procureur »¹⁹⁶. Elle s'oppose dès lors particulièrement à l'introduction, sans mandat, d'un recours pour le compte d'autrui et « à ce que les recours soient exercés pour la défense de la légalité, qu'il s'agisse d'assurer son respect de façon générale ou dans un secteur déterminé de la vie sociale »¹⁹⁷. L'appréciation du caractère personnel (ou spécial) de l'intérêt repose sur l'analyse du lien entre l'acte et le requérant. Celui-ci doit appartenir au « cercle des lésés »¹⁹⁸, incluant l'ensemble des « personnes particulièrement concernées par l'acte »¹⁹⁹, spécialement distinguées de l'ensemble des autres administrés par ses effets. Il est parfois considéré que la satisfaction de la condition de l'intérêt personnel repose non seulement sur l'identification d'un lien individualisé entre l'acte et le requérant, mais également sur la prise en compte de l'utilité matérielle que représenterait pour lui l'aboutissement du recours. Ainsi, en droit de l'Union européenne, « le recours n'est recevable que si, par son résultat, il est susceptible de profiter personnellement au requérant, de lui procurer un avantage »²⁰⁰. Le Conseil d'État belge estime de manière similaire que l'intérêt invoqué par le requérant doit être personnel, « en ce sens notamment que l'annulation

également CE (Belgique), 19 janvier 2017, n° 237.106, *Pierrard* : jugeant que l'exploitante d'une friterie établie dans une « caravane entourée d'un abri en bois », constituant « une construction fixe (...) érigée sans permis et dans une zone agricole avec la destination de laquelle elle n'est pas compatible », n'a pas d'intérêt légitime à contester l'arrêté ordonnant sa fermeture, dès lors que son recours « tend à lui permettre de poursuivre une exploitation dans un immeuble érigé irrégulièrement et en infraction aux prescriptions urbanistiques » et que l'annulation de l'acte « serait impuissante à régulariser ».

194 CE, 22 septembre 1993, n° 79575, *Université de Nancy II* : en raison d'irrégularités délibérément commises par un enseignant de l'Université dans l'organisation d'interrogations orales, celui-ci ne justifie d'aucun intérêt donnant qualité à agir pour contester la décision d'organiser des épreuves de remplacement « destinées à pallier les conséquences de ses propres agissements ».

195 Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 365 et s.

196 En ce sens, le Conseil d'État de Belgique considère que « l'exigence d'un intérêt personnel exclut dès lors tant le recours dans l'intérêt de la loi que le recours dans l'intérêt d'autrui » (arrêt du 29 avril 2004, n° 130.868, *S.O.S. Hautrage et environs*).

197 René CHAPUS, *id.*, p. 477.

198 Emmanuel PIWNICA, « A propos de l'intérêt à agir devant la juridiction administrative », in *L'accès au juge, l'intérêt à agir*, *op. cit.*, p. 41.

199 Camille BROUELLE, *id.*, p. 72.

200 Sean VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruylant, 2012, p. 40 ; CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, *AKZO Chemie*, § 21 ; TPICE, 28 septembre 2004, aff. T-310/00, *MCI c/ Commission*, § 44.

de l'acte attaqué doit procurer un avantage à la partie requérante ou faire cesser un grief qui lui est causé par l'acte »²⁰¹.

77. Intérêt direct et certain. L'intérêt invoqué doit également être direct et certain, « *c'est-à-dire, directement et certainement lésé par la décision attaquée* »²⁰². L'exigence que l'intérêt présente un caractère direct « *établit le lien entre l'intérêt allégué par le requérant et la mesure qu'il conteste* »²⁰³, et « *veille à ce que le préjudice invoqué soit la conséquence de l'acte contesté* »²⁰⁴. Le caractère direct de l'intérêt suppose ainsi l'existence d'« *une liaison causale directe, sans interposition d'un lien de droit ou de fait, entre l'acte attaqué et le requérant* »²⁰⁵. Cette exigence renvoie nécessairement à l'utilité que le recours présente pour le requérant, celle-ci devant apparaître de manière immédiate : elle « *implique que la partie requérante puisse tirer un « avantage direct » de l'annulation de l'acte attaqué* »²⁰⁶, ce qui la rapproche de l'exigence du caractère personnel, conformément à laquelle le requérant doit bénéficier en personne de la décision de justice qu'il sollicite²⁰⁷. L'exigence que l'intérêt ou sa lésion présentent un caractère certain vise, quant à elle, à garantir que l'acte litigieux est bien « *susceptible d'avoir des effets sur le requérant* »²⁰⁸, « *sans qu'il soit possible d'en douter* »²⁰⁹.

78. Intérêt actuel. L'exigence que l'intérêt soit actuel renvoie elle aussi à l'affectation du requérant et « *traduit l'idée selon laquelle l'annulation de l'acte qui est sollicitée doit avoir un effet utile* »²¹⁰ pour celui-ci. En principe, l'intérêt est apprécié par le juge à la date du recours²¹¹, mais « *il peut se faire que l'évolution des circonstances de fait ou de l'état du droit fasse apparaître un intérêt qui, initialement, ne pouvait pas être reconnu* »²¹². Afin « *de ne pas*

201 CE (Belgique), 24 septembre 2003, n° 123.338, *Lizin*.

202 René CHAPUS, *id.*, p. 483.

203 Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *id.*, p. 282.

204 Paul CASSIA, *id.*, p. 677.

205 CE (Belgique), 16 janvier 2009, n° 186.554, *S.A. Electrabel* ; CE (Belgique), 19 septembre 2016, n° 235.793, *De la Motte Baraffe*.

206 David RENDERS, *Droit administratif général*, Bruylant, 2^e ed., p. 555 ; ainsi, ne peuvent revendiquer un intérêt direct des associations qui contestent des mesures d'exonération d'une taxe à laquelle elles ne sont pas elles-mêmes assujetties : CE (Belgique), 29 mai 1996, n° 59.817, *ASBL Inter environnement Wallonie*.

207 Il est précisé par le Conseil d'État de Belgique que « *le fait qu'il appartiendra à la partie adverse de procéder à une éventuelle réfection de l'acte en remédiant au vice de légalité ayant justifié son annulation n'est nullement de nature à remettre en cause le caractère personnel et direct de l'intérêt au recours* » (arrêt du 20 mars 2014, n° 226;831, *Forys*).

208 Paul CASSIA, *id.*, p. 678.

209 Camille BROUELLE, *id.*, p. 71.

210 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, 2017, p. 414.

211 CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, rec. p. 493 ; CJCE, 16 décembre 1963, aff. 14/63, *Forges de Clabecq SA c/ Haute Autorité*, rec. p. 748.

212 René CHAPUS, *id.*, p. 433.

faire peser sur le justiciable [l'] aléa (...) de la durée de la procédure »²¹³, la jurisprudence admet ainsi l'apparition de l'intérêt en cours d'instance²¹⁴ ou en appel²¹⁵. Si le juge administratif considère que l'intérêt pour agir ne disparaît pas après l'introduction du recours²¹⁶, « *il est d'usage de prononcer un non-lieu à statuer* »²¹⁷ lorsque l'objet de la requête disparaît, « *ce qui revient en substance à juger qu'en dépit d'un intérêt définitivement acquis à agir en excès de pouvoir, il n'y a plus d'intérêt à examiner le bien-fondé de la requête* »²¹⁸. Le juge européen, qui exige que l'intérêt persiste pendant toute la durée de l'instance²¹⁹, tire des conséquences similaires de la satisfaction donnée au requérant²²⁰.

79. Un processus d'appréciation globale de ces conditions permet de considérer que l'intérêt invoqué par le requérant lui donne qualité à agir. Une rapide comparaison avec le droit de l'Union européenne souligne bien la dimension libérale de la jurisprudence administrative française sur ce point²²¹.

80. Contentieux de l'Union européenne. En droit de l'Union européenne, la reconnaissance de la qualité à agir²²² des personnes physiques et morales est, en effet, soumise à des conditions supplémentaires qui tendent, en ce qui les concerne, à réduire de manière assez significative les possibilités d'accès direct au juge de la légalité. L'article 263 TFUE envisage ainsi, d'une part, le cas des requérants institutionnels privilégiés qui n'ont pas à justifier d'un quelconque intérêt à agir dans la mesure où leur qualité objective implique à elle seule la recevabilité de leur recours, et d'autre part, celui des requérants non privilégiés que sont les particuliers, envisagé par l'alinéa 4.

81. Qualité pour agir des requérants non privilégiés. Trois configurations se distinguent, la reconnaissance de la qualité pour agir des requérants non privilégiés étant plus ou moins strictement conditionnée selon les hypothèses. Lorsque le requérant est le destinataire d'un

213 Emmanuel PIWNICA, *id.*, p. 38.

214 CE, ass., 1^{er} avril 1938, *Société L'alcool dénaturé de Coubert*, rec. p. 337 ; CE, 25 juin 2003, n° 233119, *Commune de Saillagouse*.

215 CE, 3 mai 1993, n° 124888, *Société industrielle de construction*, rec. p. 981.

216 CE, 29 juillet 2002, n° 210587, *Paillet* ; CE, sect., 11 février 2005, n° 210587, *Marcel*, rec. p. 56.

217 Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Intérêt pour agir » (octobre 2018), § 11.

218 Paul CASSIA, *id.*, p. 657.

219 TPICE, 24 avril 2001, aff. T-159/98, *Torre e.a. c/ Commission*, § 30.

220 Sean VAN RAEPENBUSCH, *id.*, p. 43 ; par ex., CJCE, ord., 8 mars 1993, aff. C-123/93, §§ 8-10.

221 Paul NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTD Eur.* 1994, p. 171 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le principe de légalité », *AJDA* 1996, p. 161 ; Jean-Louis CLERGERIE, « L'élargissement des possibilités de recours ouverts aux particuliers en matière d'annulation », *D.* 2002, p. 2755.

222 L'expression doit ici être entendue au sens du droit d'action et non de leur situation objective.

acte, son droit d'action est simplement subordonné à l'existence d'un intérêt, ce qui ne présente pas de caractère particulièrement restrictif. En revanche, lorsque le requérant entend contester un acte dont il n'est pas destinataire, et notamment un acte de portée générale, il doit établir qu'il est concerné à la fois *directement* et *individuellement* par celui-ci. Si l'exigence que le requérant soit directement et individuellement affecté est conceptuellement distinguée des conditions de l'intérêt à agir au sens du droit de l'Union européenne²²³, elle concerne véritablement l'affectation du requérant par l'acte, de telle sorte qu'elle peut être considérée comme « *une forme caractérisée de l'intérêt à agir* »²²⁴. Enfin, dans le cas particulier où l'acte général litigieux est un acte réglementaire ne nécessitant pas l'adoption de mesure d'exécution de la part des autorités nationales ou européennes, la qualité pour agir est reconnue au requérant lorsqu'il est simplement *directement* concerné par cet acte, cet assouplissement des conditions de recevabilité résultant de l'adoption du traité de Lisbonne.

82. Pris dans l'ensemble, et en dehors du cas dans lequel le requérant non privilégié est le destinataire d'un acte, le système d'accès direct au juge de l'Union pour les requérants non privilégiés n'est donc pas particulièrement libéral. La protection juridictionnelle des particuliers doit dès lors être assurée au moyen des mécanismes de contrôle indirect que sont le renvoi préjudiciel et l'exception d'illégalité, ce qui apparente plus le système de l'Union au contentieux administratif allemand qu'au contentieux administratif français.

83. L'observation de la jurisprudence administrative confirme en outre que le juge interprète généreusement les différents caractères de l'intérêt à agir, dans le souci de favoriser l'accès au prétoire.

2 - L'interprétation généreuse des caractères de l'intérêt donnant qualité pour agir

84. De manière traditionnelle, le juge administratif se montre relativement souple dans l'appréciation des caractères direct et certain de l'intérêt à agir : comme le relève le professeur Chapus, « *il convient de présenter la jurisprudence comme exigeant seulement que la lésion de l'intérêt ne soit, ni exagérément indirecte, ni exagérément incertaine* »²²⁵.

223 Stéphane GERVASONI, « Intérêt et qualité pour agir : du nouveau devant les juridictions de l'Union européenne ? », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, op. cit., pp. 82-83.

224 Sean VAN RAEPENBUSCH, *id.*, p. 39 ; également, Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, p. 488, à propos de la condition de l'affectation directe, qui affirme que le critère de la qualité directe à agir contre un acte « *recouvre* » celui de « *l'incidence qu'a cet acte sur la situation du requérant* ».

225 René CHAPUS, *id.*, p. 478.

85. Appréciation du caractère direct de l'intérêt au regard de la portée de l'acte. Le caractère direct semble faire l'objet d'une appréciation plus généreuse lorsque le recours est dirigé contre un acte réglementaire²²⁶. Le juge « *se borne en réalité à vérifier que l'intérêt du requérant ne soit pas trop indirect par rapport à l'objet de l'acte* »²²⁷ : ainsi est-il implicitement reconnu par l'admission de la recevabilité du recours d'un hôtelier lésé par un arrêté ministériel réduisant la durée des vacances scolaires²²⁸, ou du recours d'une journaliste judiciaire lésée par un décret augmentant les possibilités de huis clos²²⁹. Cette approche libérale est revendiquée par le Conseil d'État de Belgique, qui souligne que « *les actes réglementaires sont susceptibles d'être attaqués par toutes les personnes auxquelles ils ont vocation à s'appliquer et par celles qui, sans y être à proprement parler soumises, en subissent directement les effets* » et que « *le champ des requérants potentiels comprend tous les destinataires du règlement ainsi que les personnes à l'égard desquelles le règlement a des répercussions immédiates* »²³⁰.

86. Intérêt direct et réglementation pénale. Célèbre pour la reconnaissance de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au sein des sources de la légalité administrative, la décision *Société Eky* du 12 février 1960²³¹ fournit également une illustration très significative de la manière dont le juge apprécie l'existence d'un intérêt direct pour agir à l'encontre d'un acte réglementaire à très large portée. Dans cette affaire, la société requérante demandait l'annulation de dispositions réglementaires du code pénal prises par décret du gouvernement, interdisant l'utilisation de certains moyens de paiement auxquels elle avait fréquemment recours. Le juge se trouvait dès lors confronté à une dimension inédite de la question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir : le gouvernement ayant été doté d'un pouvoir réglementaire en matière pénale à l'adoption de la Constitution de 1958, il lui appartenait de se prononcer sur la possibilité pour un particulier de revendiquer un intérêt donnant qualité à agir à l'encontre d'une disposition de portée nationale et présentant, par son caractère pénal, une vocation obligatoire à l'égard de l'ensemble de la communauté nationale. Si la requérante faisait valoir sa qualité de société commerçante, elle ne justifiait ce faisant

226 En ce sens, Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 327. Cette tendance souligne la dimension objective du recours pour excès de pouvoir contre ces actes, cf. Maxime CHARITE, « Vivante, notre étoile brille toujours – à propos du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes réglementaires », *AJDA* 2016, p. 1334.

227 Paul CASSIA, *id.*, p. 678.

228 CE, sect., 28 mai 1971, n° 78951, *Damasio*, rec. p. 391.

229 CE, ass., 4 octobre 1974, n° 99930, *David*, rec. p. 464.

230 CE (Belgique), 29 juin 2009, n° 194.803, *S.A. Cofinimmo* ; CE (Belgique), 10 décembre 2015, n° 233.199, *Poulain et Ledoux*.

231 CE, 12 février 1960, *Société Eky*, rec. p. 101, S. 1960, III, p. 131, concl. Jean KAHN, *JCP* 1960, 11629, note Georges VEDEL, *D.* 1960, jurisprudence, p. 23, note Jean L'HUILLIER.

« d'aucun intérêt qui ne soit commun à tous ceux qui habitent le territoire »²³². Admettre sa recevabilité pouvait approcher son recours d'une action populaire ouverte à l'ensemble des administrés.

87. Sans déclarer que la société n'avait pas d'intérêt lui donnant qualité pour agir, le juge a examiné les moyens au fond pour rejeter la requête. Il a ainsi implicitement admis que cette société avait intérêt à agir contre des dispositions réglementaires pénales, dès lors qu'elles s'imposaient à elle avec force obligatoire. Les conclusions du commissaire du gouvernement Jean Kahn fournissent un éclairage essentiel à cette décision. Il y affirme que la solution consistant à déclarer irrecevable la requête de la société au motif que l'intérêt invoqué était insuffisamment direct aurait induit une forme d'immunité juridictionnelle des textes instituant des contraventions pénales. Or, distinguant les règlements qui, « n'obligeant qu'un petit groupe d'individus, concernent plus ou moins tous les citoyens » et ceux qui « sans distinction d'activité, obligent tous ceux qui habitent le territoire », il estimait que l'on ne pouvait « refuser ni marchander à personne le droit de faire constater la nullité d'un acte qui l'oblige »²³³. Cette approche très large de l'intérêt à agir à l'encontre des dispositions réglementaires de caractère pénal peut être constatée dans d'autres décisions postérieures à l'arrêt *Eky*²³⁴.

88. Intérêt direct des tiers. Le juge admet également que des tiers peuvent avoir un intérêt direct à contester un acte individuel qui ne leur est pas adressé²³⁵. Il se montre toutefois plus exigeant et attentif aux circonstances particulières de l'espèce : l'intérêt direct d'une entreprise à agir contre des délibérations accordant une aide matérielle à une entreprise concurrente peut être admis « eu égard à la proximité des installations de ces deux sociétés concurrentes et à l'effet produit sur leur marché et dans leur zone de chalandise par l'octroi [d'une aide indirecte] à la société »²³⁶. Dans les contentieux de l'urbanisme et des installations classées pour la protection de l'environnement, le juge se livre de manière semblable à des analyses

232 Jean KAHN, *id.*

233 *Ibid.*

234 Par ex., CE, sect., 3 février 1978, n° 01155, *Confédération française démocratique du travail et confédération générale du travail*, qui admet implicitement l'intérêt à agir des organisations syndicales requérantes contre un décret prévoyant l'interdiction de la distribution de tracts aux automobilistes circulant sur la voie publique.

235 De manière classique, un tiers n'a pas d'intérêt direct à agir contre une sanction infligée à un fonctionnaire : CE, 17 mai 2006, n° 268938, *Bellanger*. Il est également jugé qu'une société n'a pas d'intérêt pour demander l'annulation – en tant qu'elle serait insuffisante – d'une sanction infligée à un concurrent : CE, 19 décembre 2019, n° 426547, *Société RMC Découverte*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 4, p. 25.

236 CE, 9 mai 2005, n° 258975, *Société ID Toast*.

concrètes pour apprécier l'intérêt direct du requérant au regard des effets que comporterait à son égard la réalisation du projet litigieux²³⁷. La nature de l'acte exerce également une influence sur l'appréciation opérée par le juge : si la jurisprudence admet qu'un tiers conteste une mesure gracieuse consentie à un administré, le juge paraît faire preuve d'un degré d'exigence supérieur pour admettre la recevabilité du recours²³⁸.

89. Intérêt éventuel ? L'invocation d'une lésion « *vraisemblable* »²³⁹ voire d'un intérêt « *éventuel* »²⁴⁰ peut suffire à caractériser un intérêt considéré comme certain : l'arrêt *Abisset* de 1958, qui reconnaît l'intérêt à agir d'un « *amateur de campisme* »²⁴¹ contre un arrêté municipal prohibant cette activité sur le territoire d'une commune où il ne s'était jusqu'alors jamais rendu, est ainsi fréquemment cité par la doctrine comme une illustration du libéralisme du juge administratif, certains auteurs considérant toutefois qu'il s'agit d'un « *cas limite (...)* *heureusement dépourvu de toute postérité jurisprudentielle* »²⁴². Des arrêts plus récents traduiraient ainsi un resserrement de l'analyse de cette condition, le juge ayant refusé de reconnaître l'intérêt à agir d'usagers de la justice contre un décret relatif à la discipline des avocats²⁴³, ou l'intérêt d'un sans domicile fixe résidant en région parisienne à demander l'annulation d'un arrêté interdisant le regroupement de chiens à Rennes, dès lors qu'il n'établissait pas « *être amené à se rendre régulièrement dans cette ville accompagné d'un chien, ni même être propriétaire d'un tel animal* »²⁴⁴.

237 S'il s'agit de personnes physiques, le juge apprécie le caractère suffisamment direct de leur intérêt « *compte tenu des inconvénients et dangers que présente pour eux l'installation en cause, appréciés notamment en fonction de la situation des intéressés et de la configuration des lieux* » (CE, 13 juillet 2012, n° 339592, *Sté Moulins Soufflet*, AJDA 2012, p. 1432). S'agissant de personnes morales, le juge estime à propos d'un établissement commercial que « *la qualité de tiers recevable à contester devant le juge une autorisation d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement* » ne peut être reconnue « *que dans les cas où les inconvénients ou les dangers que le fonctionnement de l'installation classée présente pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 sont de nature à affecter par eux-mêmes les conditions d'exploitation de cet établissement commercial* » (CE, 30 janvier 2013, n° 347347, *Sté Nord Broyage*, AJDA 2013, p. 262).

238 CE, 21 novembre 2016, n° 392560, *Thalineau c/ Ministre de l'intérieur*, AJDA 2017, p. 999, note Delphine COSTA.

239 Paul CASSIA, *id.*, p. 678.

240 Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *id.*, p. 281 ; Olivier LE BOT, *id.*, p. 216

241 René CHAPUS, *id.*, p. 486.

242 Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *ibid.*

243 CE, 29 septembre 2003, n° 243662, *Jolivet*, rec. p. 901.

244 CAA Nantes, 3 février 2004, n° 00NT01005, *Ville de Rennes* ; Cette orientation de la jurisprudence ne semble toutefois pas complètement remettre en cause la tendance libérale dont l'arrêt *Abisset* est un symbole, dans la mesure où l'intérêt invoqué en l'espèce ne pouvait être considéré comme *éventuel* au sens le plus strict. Dans l'affaire *Abisset*, l'intérêt du requérant à pouvoir pratiquer son activité partout où les exigences de l'ordre public ne doivent pas l'interdire n'est en effet pas subordonné à la réalisation d'un événement incertain, mais dépend plutôt de la nature même de l'activité de prédilection du requérant et de la propre volonté de celui qui le pratique.

90. Personnes morales. Le libéralisme du juge administratif s'est également illustré par les solutions jurisprudentielles relatives à l'intérêt pour agir des personnes morales.

91. Intérêt personnel des personnes morales L'appréciation du caractère personnel de l'intérêt revêt à leur égard une dimension particulière, en ce qu'il permet qu'elles agissent pour la défense de leur intérêt individuel comme d'un intérêt collectif de leur choix. En fonction de leur objet statutaire, les associations ou les syndicats peuvent ainsi se prévaloir d'un intérêt collectif qui leur est personnel, pour demander au juge l'annulation d'actes réglementaires ou de certains actes individuels²⁴⁵. En admettant l'action corporative ou collective dès le « moment 1900 »²⁴⁶, le Conseil d'État a « *donné aux administrés et aux citoyens un moyen de défendre tout intérêt de leur choix* »²⁴⁷, et a permis à certaines personnes morales telles que les associations de protection de l'environnement ou de défense des droits des étrangers d'assurer « *la fonction de vigie du respect du droit par l'Administration* »²⁴⁸.

92. Intérêt direct des personnes morales. L'exigence que l'intérêt invoqué soit suffisamment direct s'applique également aux personnes morales²⁴⁹, qui doivent se prévaloir d'une lésion ou d'un intérêt collectif que le juge apprécie au regard de leur objet statutaire²⁵⁰. Un acte réglementaire relatif au domaine d'activité de la personne morale peut ainsi la concerner assez directement pour qu'elle ait intérêt à agir²⁵¹. Dans cette logique, le juge admet notamment l'intérêt à agir d'un syndicat d'avocats contre une réglementation affectant les droits de la défense des étrangers en voie d'expulsion²⁵². En plus de ce critère matériel tenant à l'analyse des statuts de la personne morale, le juge administratif retient un second critère d'ordre spatial tenant à son ressort géographique²⁵³. Dès lors, une association nationale n'est pas recevable à contester une mesure locale.

245 V. sur cette question David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 128 et s. ; Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 329 et s.

246 CE, 28 décembre 1906, n° 25521, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, concl. Jean ROMIEU in Hervé DE GAUDEMAR, David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, p. 310.

247 René CHAPUS, *id.*, p. 472.

248 Benoît PLESSIX, *id.*, p. 1404.

249 CE, 7 mars 2018, n° 402350, *Association Collectif danger aérodrome Aix-Les-Milles*, *Jcp A* 2018, n° 18, 2134, note Hélène PAULIAT.

250 CE, sect., 26 avril 1985, n° 41169, *Ville de Tarbes*, *RFDA* 1985, p. 707 concl. Bruno LASSERRE.

251 CE, sect., 17 mars 1995, n° 93229 et 93230, *Syndicat des casinos autorisés de France*.

252 CE, 7 juillet 1978, n° 10830, *Syndicat des avocats de France*.

253 Marie-Astrid DE BARMON, concl. sur CE, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, *BCJL* 2014, n° 4, p. 291.

93. Le Conseil d'État admet néanmoins une exception à ce principe « *lorsque la décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales* »²⁵⁴. Des associations nationales de défense des droits de l'Homme et de lutte contre les discriminations ont ainsi pu établir, en dépit de la généralité de leur objet, leur intérêt à agir contre des mesures de police dont le juge estimait qu'elles soulevaient des enjeux qui ne se réduisaient pas à la sphère locale, tel qu'un arrêté municipal interdisant la fouille des poubelles jugé susceptible d'affecter particulièrement des personnes étrangères résidant sur le territoire d'une commune, ou qu'un arrêté préfectoral organisant des contrôles routiers accrus de nature à dissuader des personnes en situation de séjour irrégulier de chercher à accéder à des soins ou à certains services²⁵⁵. En définitive, le juge administratif retient une approche favorable à l'exercice du droit au recours et à la protection des libertés publiques en estimant que leur mise en cause inévitable par des mesures de police élève l'intérêt à agir contre ces dernières au-delà du niveau local.

94. Le Conseil d'État de Belgique, qui analyse également l'intérêt pour agir des associations au regard d'un critère « *social* » tenant à leur objet statutaire et d'un critère « *géographique* » tenant à leur ressort²⁵⁶, retient une approche semblable dans le contentieux de l'environnement²⁵⁷. Par application des stipulations de la convention d'Aarhus relative à l'accès à la justice en matière environnementale, il admet ainsi qu'une association de protection de l'environnement dont les statuts lui confèrent « *vocation à contester tout projet qui porterait atteinte d'une manière ou d'une autre à l'environnement au sens large en quel qu'endroit qui soit* » peut justifier d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation d'autorisations relatives à des projets de construction envisagés par l'une des annexes de la convention, bien qu'en l'espèce « *son intérêt s'apparente à l'intérêt général et le recours en justice à une action populaire* »²⁵⁸.

254 CE, 4 novembre 2015, n° 375178, *Ligue des droits de l'homme*, Jcp A 2015, n° 50, 2370 note Hélène PAULIAT.

255 CE, 7 février 2017, n° 392758, *Association Aides et autres*, Jcp A 2017, n° 28, act. 130 Hélène PAULIAT.

256 Cette analyse peut justifier qu'une association flamande de protection de l'environnement ne puisse revendiquer un intérêt personnel pour demander l'annulation d'un permis de construire un centre commercial dans la ville de Bruxelles : CE (Belgique), 11 octobre 2017, n° 239.347, *ASBL Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*.

257 David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 130 ; Michel PÂQUES, Sophie CHARLIER, « L'accès à la justice des ONG environnementales garanti par la Convention d'Aarhus et l'intérêt à agir au Conseil d'État belge », *Liber Amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, 2018, p. 579.

258 CE (Belgique), 28 mars 2018, n° 241.141, *Vervoort et consorts*.

95. L'intérêt à agir du justiciable peut également être établi si, à l'appui du recours qu'il exerce contre un acte donné, il fait état d'une qualité à laquelle la jurisprudence accorde par présomption un intérêt à agir.

B - Le libéralisme de la jurisprudence relative aux présomptions objectives d'intérêt à agir

96. **Qualités donnant intérêt à agir.** Parallèlement aux hypothèses dans lesquelles la qualité pour agir est établie par l'analyse des caractères de l'intérêt invoqué par le demandeur, le juge administratif admet depuis le « moment 1900 » que la situation objective de certains requérants leur confère automatiquement un intérêt pour contester certaines décisions. L'arrêt *Casanova* de 1901²⁵⁹ reconnaît ainsi que les contribuables communaux ont, en cette qualité, un intérêt à agir contre les mesures portant des dépenses sur le budget municipal. L'arrêt *Bergeon, Dalle et autres*, qui a ouvert le recours pour excès de pouvoir aux membres des assemblées délibérantes contre les décisions de l'organe auquel ils appartiennent et qui portent atteinte à leurs prérogatives, indique que les requérants qui « *soutiennent que la délibération attaquée a fait obstacle à l'exercice de leur mandat* » ont « *intérêt et qualité* » à agir. L'arrêt *Lot*, qui admet le recours des fonctionnaires contre les mesures d'organisation du service qui portent atteinte à leurs droits ou prérogatives, indique de manière comparable que le requérant avait « *en sa qualité d'archiviste-paléographe (...) un intérêt personnel* » le rendant recevable à demander l'annulation du décret de nomination d'un agent dépourvu de certains titres²⁶⁰. Enfin, l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli* reconnaît de la même manière la recevabilité du recours des usagers du service public contre les mesures relatives à son fonctionnement et à son organisation.

97. Des décisions plus récentes démontrent que ce mode classique d'appréciation de la recevabilité a été transposé à des contentieux plus modernes. Le Conseil d'État a notamment jugé que la qualité d'opérateur intervenant sur un marché régulé donnait intérêt à agir contre les décisions de l'autorité administrative en charge de la régulation²⁶¹. Il considère également que le résident d'une commune limitrophe d'une zone de développement de l'éolien justifie, en cette qualité, d'un intérêt suffisant à agir contre l'arrêté portant création de ladite zone²⁶²,

259 CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. p. 333, S. 1901, III, 73, note Maurice HAURIOU.

260 V. également CE, 26 décembre 1925, *Rodière* : « *les fonctionnaires appartenant à une administration publique ont qualité pour déférer au Conseil d'Etat les nominations illégales faites dans cette administration lorsque ces nominations sont de nature à leur porter préjudice en retardant irrégulièrement leur avancement ou en leur donnant d'ores et déjà pour cet avancement des concurrents ne satisfaisant pas aux règles exigées par les lois et règlements* ».

261 CE, sect., 30 novembre 2007, n° 293952, *Tinez*, rec. p. 459.

262 CE, 16 avril 2010, n° 318067, *Brocard et association Rabodeau environnement*.

ou encore que l'ordre des architectes justifie de la qualité donnant intérêt à agir contre une décision délivrant un permis en méconnaissance de l'obligation légale de recourir à un architecte²⁶³.

98. Dans toutes ces hypothèses, le requérant n'a pas à démontrer qu'il est individuellement affecté, mais doit plus simplement faire état d'une qualité, qui est « *une donnée parfaitement objective, correspondant à un type d'intérêt* »²⁶⁴. En ce sens, la jurisprudence du Conseil d'État vise à permettre que le contrôle de légalité soit actionné par l'ensemble des administrés objectivement concernés par un acte administratif. Il en résulte nécessairement que la qualité invoquée, pour être jugée pertinente et donner intérêt à agir, doit présenter un rapport suffisant avec l'objet de l'acte attaqué. La possibilité pour le requérant de se prévaloir d'un intérêt qu'il partage avec d'autres membres d'une catégorie déterminée est indéniablement une des marques les plus nettes de l'objectivisme juridique²⁶⁵ et du libéralisme du juge administratif en matière d'appréciation des conditions personnelles de recevabilité²⁶⁶. Ce libéralisme rencontre toutefois une limite dans la réticence traditionnelle du juge à admettre que des qualités trop étendues puissent donner intérêt à agir²⁶⁷.

99. Présomptions législatives. L'institution de présomptions d'intérêt à agir fondées sur la qualité des requérants peut également résulter de la loi. Ainsi, l'article L. 142-1 du code de l'environnement prévoit que toute association de protection de l'environnement titulaire d'un agrément « *justifie d'un intérêt pour agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec son objet et ses activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elle bénéficie de l'agrément* ». Le code électoral prévoit de manière comparable que la seule qualité d'électeur suffit pour conférer un droit d'action contre les opérations électorales²⁶⁸.

263 CE, 26 juillet 2018, n° 418298, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bretagne*.

264 René CHAPUS, *id.*, p. 476.

265 Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 359.

266 Si la jurisprudence administrative belge admet que le requérant fasse état d'un « *intérêt fonctionnel* » pour contester un acte l'atteignant au titre d'une fonction qu'il exerce, elle en tire de conséquences plus rigoureuses sur le plan des moyens invocables que la jurisprudence française. Sur ce point, v. David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 133.

267 Cf. *infra*, ce Chapitre, Section 2.

268 Voir notamment l'article L. 248 pour les élections municipales, aux termes duquel, en plus du préfet, « *tout électeur et tout éligible a le droit d'arguer de nullité les opérations électorales de la commune devant le tribunal administratif* » ; voir également l'art. L. 222 pour les élections cantonales et l'art. L. 361 pour les élections régionales.

100. Requéranants privilégiés. Bien qu'elle s'en rapproche sur un plan technique, la reconnaissance par présomption de l'intérêt à agir de requérants en fonction de leur qualité ne peut pas être totalement assimilée au mécanisme qui consiste à dispenser certains requérants dits « privilégiés » de la démonstration d'un intérêt à agir. En droit interne, il en va ainsi du « *cas exceptionnel* » du déféré préfectoral, « *où une autorité publique est investie d'un mandat légal l'habilitant à agir contre les mesures qu'elle estime illégales* »²⁶⁹.

101. Contentieux des contrats administratifs. L'évolution du contentieux contractuel et son ouverture à tous les tiers depuis l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* de 2014 s'inscrit dans une logique similaire, en postulant la recevabilité du recours du représentant de l'État et des membres des assemblées délibérantes. Ce régime favorable repose sur une prise en compte par le juge administratif des « *intérêts dont ils ont la charge* » au regard de leur qualité²⁷⁰, et leur confère une « *fonction de gardien de la légalité* »²⁷¹.

102. Contentieux de l'Union européenne. Le contentieux de l'Union européenne est marqué par une distinction semblable entre les requérants ordinaires et les requérants privilégiés : l'article 263 TFUE accorde un droit d'action en annulation au Parlement européen, au Conseil, à la Commission et aux États membres, qui n'est pas conditionné à la justification d'un intérêt pour agir²⁷². Le statut privilégié de ces requérants institutionnels « *s'impose pour des motifs constitutionnels* »²⁷³ tenant à la nécessité d'assurer la protection effective de leurs intérêts et de sauvegarder l'équilibre des pouvoirs organisés par le Traité. Si la Commission peut ainsi veiller particulièrement au respect de la légalité communautaire dont elle est le gardien, le droit d'action des autres requérants institutionnels leur confère une même fonction en ce qu'il ne se limite pas à la garantie de leur compétence ou de leurs seuls intérêts.

269 René CHAPUS, *id.*, p. 467.

270 Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Puf, 2018, p. 489.

271 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, p. 1198.

272 CJCE, 26 mars 1986, aff. 45/86, *Commission c/ Conseil*, § 3 ; TPI UE, 22 mars 2011, aff. T-369/07, *Lettonie c/ Commission*, § 33 ; comme le relève le professeur Paul Cassia, l'exigence que la Cour soit saisie d'un véritable litige et non d'une question de droit abstraite implique un « *déplacement* » de l'intérêt des requérants vers « *l'examen de l'utilité d'une résolution juridictionnelle du litige* » (*L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, p. 413).

273 Flavien MARIATTE, Dominique RITLÉNG, *Contentieux de l'Union européenne*, vol. 1, Lamy, Axe Droit, 2011, p. 104.

103. Certes, ces mécanismes ont en commun de faire découler la recevabilité de la seule qualité du requérant. Cependant, contrairement aux présomptions d'intérêt à agir qui s'inscrivent dans une politique jurisprudentielle de libéralisation de l'accès au juge, la reconnaissance d'un statut privilégié à certains requérants limitativement envisagés se traduit par la soumission de l'ensemble des requérants ordinaires à un régime plus exigeant.

104. Valorisation de la légalité. La jurisprudence administrative admet ainsi l'intérêt à agir, d'une part, des requérants qui établissent être suffisamment affectés à titre subjectif par l'acte litigieux et, d'autre part, de ceux qui appartiennent à l'une des qualités objectivement concernées par cet acte. Par l'association des deux modes d'appréciation de l'intérêt à agir, le Conseil d'État a veillé à ce que les administrés puissent aisément contester les actes qui leur feraient grief et à ce que le contrôle de légalité puisse être déclenché aussi souvent que nécessaire. Reposant sur une « *valorisation prioritaire des exigences de la légalité* »²⁷⁴, sa politique jurisprudentielle du début du XX^{ème} siècle « *avait sans doute pour logique finale de déboucher sur la possibilité pour n'importe quel administré de saisir le juge administratif de toute question de légalité* »²⁷⁵. Le maintien de la condition d'intérêt à agir dans la période contemporaine révèle toutefois l'attachement du Conseil d'État aux équilibres classiques qu'il a bâtis et son opposition à une évolution qui ferait du recours pour excès de pouvoir une action populaire dans l'intérêt de la légalité.

Section 2 - Le rejet de l'action populaire

105. Trouble social. Dans ses célèbres conclusions sur l'arrêt *Gicquel* de 1950, le commissaire du gouvernement Bernard Chenot avait raillé « *l'embarras* » des « *faiseurs de systèmes* »²⁷⁶ face à la jurisprudence administrative relative à l'intérêt à agir de la première moitié du XX^{ème} siècle, qu'il percevait comme obéissant essentiellement à des raisons d'ordre pratique. Il concédait ainsi qu'il n'existait pas « *d'objection théorique valable contre « l'action populaire », sinon la considération du trouble qu'engendrerait dans le fonctionnement des juridictions, comme dans la marche des administrations, une jurisprudence qui autoriserait n'importe qui à se pourvoir contre n'importe quoi* ». Or,

274 Fabrice MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif – Le « moment 1900 » et ses suites », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, op. cit., p. 15.

275 David BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n° 24, p. 6 ; dans le même sens, v. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 231.

276 V. la célèbre réponse du professeur Jean RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99 ; à propos de cette controverse, v. Pierre MICHEL, « De l'intérêt des catégories juridiques : la controverse entre Jean Rivero et Bernard Chenot », *Cahiers Portalis*, 2019, n° 6, p. 137.

affirmait-il, « *en droit public, au moins, le trouble social prend la valeur d'un argument de droit* », justifiant que « *l'intérêt du requérant s'inscrive dans un cadre limité* »²⁷⁷.

106. Stabilité des situations. Le développement de l'efficacité du recours pour excès de pouvoir au cours des années 1990 a toutefois mis en évidence que, « *au-delà des considérations pratiques évoquées par le Président Chenot, le principe de la stabilité des situations juridiques fournit une justification théorique suffisante à la règle selon laquelle n'importe qui ne peut pas attaquer n'importe quoi* »²⁷⁸. Dès lors que le juge administratif a été doté d'un pouvoir d'injonction, il est apparu plus nettement, compte tenu, notamment, des conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir de certains actes sur les situations individuelles qui se sont formées et de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à cette sanction, que l'extension de l'intérêt à agir pourrait effectivement être susceptible de générer un « trouble social » important, y compris en dehors de la sphère administrative.

107. Persistance de la condition d'intérêt pour agir. Entre le « moment 1900 » et la période contemporaine, le Conseil d'État a été amené à réévaluer la correspondance de son approche de l'intérêt à agir aux exigences de l'époque. Après l'extension du domaine du pouvoir réglementaire par l'adoption de la Constitution de 1958, il a notamment pu retenir une conception particulièrement large de l'intérêt à agir à l'égard de certains décrets²⁷⁹ et laisser penser que cette condition de recevabilité connaîtrait un déclin dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. En dehors de quelques adaptations ponctuelles, la jurisprudence contemporaine témoigne pourtant de la volonté persistante du juge administratif de conserver un certain équilibre institutionnel dans lequel le recours pour excès de pouvoir remplit la fonction de « *souape de sûreté* »²⁸⁰ décrite par Léon Aucoc. La constance avec laquelle la jurisprudence administrative rejette l'action populaire peut être mesurée par l'observation des solutions orthodoxes qu'elle retient dans l'appréciation de l'intérêt à agir des requérants particuliers (§ 1) et des personnes morales (§ 2).

277 Bernard CHENOT, concl. sur CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, rec. p. 100-101.

278 Thierry-Xavier GIRARDOT, concl. sur CE, 13 mars 1998, n° 173705, *Association de défense des agents publics (ADAP)*.

279 CE, 12 février 1960, *Société Eky*, rec. p. 101, S. 1960, III, p. 131, concl. Jean KAHN, *JCP* 1960, 11629, note Georges VEDEL, *D.* 1960, jurisprudence, p. 23, note Jean L'HUILLIER.

280 Léon AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol. 1 : 1831-1940*, p. 77.

§ 1 - La persistance d'une conception orthodoxe de l'intérêt à agir des requérants particuliers

108. Dès le « moment 1900 », le Conseil d'État a nié l'intérêt à agir de requérants se prévalant, à l'appui de leur action, de qualités trop largement partagées (A). Le souci de ne pas admettre l'action populaire l'a également amené à refuser l'intérêt à agir des parlementaires, dont la qualité de représentant de la Nation paraît se prêter à la critique d'un grand nombre d'actes de l'exécutif (B).

A - L'absence d'intérêt pour agir au titre d'une qualité trop largement partagée

109. Qualité de contribuable de l'État. Après avoir reconnu l'intérêt à agir du contribuable communal contre les actes engageant les finances municipales dès l'arrêt *Casanova* de 1901²⁸¹, le Conseil d'État a décliné cette solution aux cas des contribuables départementaux dès 1911²⁸². S'il l'a enfin explicitement transposée à la situation des contribuables régionaux en 1995²⁸³, il a, en revanche, dès son arrêt *Le Doussal et Métour* du 25 juin 1920²⁸⁴, dénié l'intérêt à agir du requérant agissant en qualité de contribuable de l'État contre les actes portant des dépenses à son budget. Cette décision jugeait ainsi que « *les contribuables n'ont qualité pour demander l'annulation des mesures administratives qui ont une répercussion sur les finances publiques, qu'autant qu'ils visent les finances de la commune ou du département* ». Par des décisions plus contemporaines, le Conseil d'État a exprimé positivement que « *la seule qualité de contribuable de l'État ne confère pas un intérêt suffisant à attaquer une décision entraînant des dépenses budgétaires* »²⁸⁵. Il a en revanche admis la recevabilité de recours de contribuables dirigés contre des actes relatifs à leur statut ou à l'impôt²⁸⁶.

110. Cette ligne jurisprudentielle fournit une des illustrations les plus classiques des limites du libéralisme du juge administratif en matière d'intérêt à agir²⁸⁷. Alors même que le souci de ne pas subir une augmentation des impositions pourrait caractériser, au sens strict, un intérêt à obtenir l'annulation d'une décision administrative engendrant une dépense budgétaire,

281 CE, 29 mars 1901, *Casanova*, rec. p. 333, S. 1901, III, 73, note Maurice HAURIOU.

282 CE, 27 janvier 1911, *Richemond*, rec. p. 105.

283 CE, 28 avril 1995, *Mme Bigaud*, n° 103195, rec. p. 184.

284 CE, 25 juin 1920, *Le Doussal et Métour*, rec. p. 639 ; v. également CE, 13 février 1930, *Dufour*, rec. p. 176.

285 CE, 23 novembre 1988, n° 94282, *Dumont*, rec. p. 418 ; v. également CE, 8 décembre 2000, n° 215160, *Wajs*, rec. T. 1145.

286 CE, ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, rec. p. 121 ; CE, ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, rec. p. 44.

287 En ce sens, Bernard CHENOT, *id.*, p. 102.

l'ampleur de la catégorie des contribuables de l'État conduit le juge administratif à leur dénier la qualité à agir, au nom du rejet de l'action populaire.

111. Cette solution a été contestée sur le fondement de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que « *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique (...)* ». Dans l'arrêt *Sroussi* de 2011, le Conseil d'État l'a confirmée en considérant que cette disposition constitutionnelle « *n'a ni pour objet ni pour effet de conférer à tout citoyen un intérêt pour agir contre tout acte administratif entraînant une aggravation des charges publiques* »²⁸⁸. En jugeant de la sorte que la qualité de contribuable de l'État est objectivement « *impropre à fonder un intérêt à agir* »²⁸⁹, afin d'écartier une action trop largement ouverte, l'approche classique du Conseil d'État aboutit cependant à accorder une « *immunité de fait devant la juridiction administrative* »²⁹⁰ à certains actes. Or, un filtrage de l'accès au prétoire si rigoureux qu'il ne permet à aucun justiciable d'introduire un recours recevable peut être mis en question au regard du droit d'accès au juge.

112. Qualité de citoyen. La qualité de citoyen fait l'objet d'un traitement semblable par la jurisprudence²⁹¹, sa généralité ne permettant pas de placer celui qui s'en prévaut dans « *une catégorie nettement définie d'intéressés* »²⁹² auquel un acte administratif ferait directement grief. La réticence constante du Conseil d'État s'explique sans doute par la circonstance que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir au requérant agissant en qualité de citoyen incarnerait complètement l'action populaire dans l'intérêt de la légalité, et priverait cette voie de droit de son caractère classique de « soupape de sûreté ». Elle ne paraît devoir céder que dans des hypothèses semblables à celle de l'arrêt *Société Eky*, dans lequel le juge a reconnu la recevabilité du recours exercé par une société commerciale contre un décret prévoyant une infraction pénale, en tenant compte de son caractère *directement obligatoire* à l'égard de l'ensemble des habitants du territoire national.

113. Malgré l'inflexibilité du Conseil d'État, des justiciables se prévalent encore régulièrement de leur qualité de citoyen à l'appui de recours dirigés contre des actes

288 CE, 26 juillet 2011, n° 347086, *Sroussi et autres*, rec. p. 1066, *AJDA* 2011, p. 1959, note Paul CASSIA.

289 Elise LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA* 2012, p. 417.

290 Paul CASSIA, note sur CE, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 5^e ed., p. 683.

291 CE, 11 février 1949, *Faveret*, rec. p. 74.

292 Bernard CHENOT, *id.*, p. 102.

extrêmement variés, mais dont le sort est identique²⁹³. Comme pour les contribuables, l'invocation d'un texte constitutionnel pour fonder en droit la reconnaissance de la qualité à agir des citoyens n'a pas rencontré de succès : la Cour administrative d'appel de Paris a notamment jugé que « *l'article 2 de la Charte de l'environnement, selon lequel « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement », ne saurait, par lui-même, conférer à toute personne qui l'invoque un intérêt lui donnant qualité pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative qu'elle entend contester* »²⁹⁴.

114. La jurisprudence administrative exclut également l'intérêt à agir de requérants agissant au titre de qualités de représentants qui, bien qu'elles ne soient pas partagées par un très grand nombre d'individus, permettraient à ceux-ci de revendiquer un intérêt à l'annulation de toutes sortes d'actes.

B - L'absence d'intérêt pour agir au titre d'une qualité trop extensible : le rejet de l'intérêt à agir en qualité de membre du Parlement

115. L'Assemblée nationale et le Sénat comportent respectivement 577 et 348 parlementaires, ce qui représente une fraction très faible des 67 millions d'habitants de la France. La qualité de parlementaire ne peut donc être regardée comme étant aussi largement partagée que celle de contribuable de l'État ou de citoyen. La jurisprudence administrative exclut pourtant qu'elle puisse donner intérêt à agir, cette solution étant inspirée des considérations précédemment évoquées au sujet du rejet de l'action populaire.

116. Absence d'intérêt à agir en qualité de parlementaire. Le Conseil d'État a tardé à exprimer clairement son refus de reconnaître l'intérêt à agir des parlementaires en cette qualité. Ses premières décisions rendues sur recours de membres du Parlement ont ainsi évité de prendre position, soit en rejetant au fond sans se prononcer sur la recevabilité de la requête²⁹⁵, soit en admettant la recevabilité en tenant compte d'une autre qualité invoquée par

293 Par ex, CE, 23 novembre 2011, n° 3412598, *Masson* (recours contre le refus d'édicter les décrets d'application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique). V. également CE, 17 avril 2006, n° 292539 (recours contre la décision d'engager les forces armées françaises au Tchad) ; CE, 14 novembre 2012, n° 362164 (recours contre le décret de nomination du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations) ; CE, 14 novembre 2012, n° 358472 (recours contre le refus d'abroger certaines dispositions du code de la défense) ; CE, 6 juin 2021, n° 445150 (recours contre le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel).

294 CAA Paris, 29 janvier 2015, n° 13PA04740, *Mamère et de Ruggy*, AJDA 2015, p. 1104, concl. Sonia BONNEAU-MATHELOT.

295 CE, ass., 6 novembre 1978, *Schwartz et autres*, p. 467.

le requérant²⁹⁶. À partir des années 1980, certaines décisions ont explicitement nié l'intérêt à agir des parlementaires contre des décisions de nomination ou de délégation de signature qui n'apparaissent pas suffisamment en lien avec leur qualité²⁹⁷. Cette jurisprudence, qui poursuit notamment l'objectif d'éviter une forme de prolongation contentieuse du débat parlementaire, repose également sur le souci d'éviter que le recours du parlementaire soit employé comme une action populaire indirecte. Comme l'a exprimé le commissaire du gouvernement Vigouroux, « *admettre que la qualité de représentant de la nation donne intérêt à agir à l'encontre de n'importe quel acte administratif, reviendrait à créer, par voie jurisprudentielle une sorte d'action ouverte à tous, par l'intermédiaire des élus* »²⁹⁸.

117. Négation de l'intérêt à agir en qualité de parlementaire. Si cette approche orthodoxe est parfaitement conforme à l'exigence que « *l'intérêt du requérant s'inscrive dans un cercle limité* »²⁹⁹, elle ne paraît pas s'opposer à ce que l'intérêt à agir des parlementaires puisse être admis lorsque l'acte contesté se rapporte à leur statut ou porte une atteinte aux prérogatives du Parlement³⁰⁰. Le Conseil d'État l'a cependant exclu dans l'arrêt *Masson* de 2011. Saisi par un sénateur d'un recours dirigé contre la décision implicite du premier ministre refusant de prendre les décrets d'application de certaines dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, il a jugé que le requérant « *qui se prévaut des qualités de citoyen, d'usager des services publics, d'élu et de parlementaire, ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour former un recours pour excès de pouvoir contre le refus de prendre ce décret* »³⁰¹. En 2020, il a considéré de la même manière que la qualité de parlementaire ne suffit pas à conférer un intérêt à agir contre une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, alors même que le requérant ferait valoir « *qu'elle porte atteinte aux droits du Parlement en méconnaissant le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement et que les dispositions qu'elle abroge étaient issues d'une loi dont il a été le rapporteur* »³⁰².

296 CE, ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, p. 553 (qualité d'électeur) ; CE, ass., 9 novembre 1988, *Fourcade et autres*, p. 398 (qualité de président du comité des finances locales) ; CE, 14 mars 2003, *M. Migaud*, n° 251935 (qualité de consommateur de produits pétroliers) ; CE, 11 février 2021, *Mme Borvo* (qualité d'usagers du service public de la télévision).

297 CE, ass., 20 novembre 1981, n° 24923, 24981, *Schwartz et autres*, rec. p. 437 ; CE, 27 février 1987, n° 64347, *Noir*, rec. p. 84, *RDP* 1987, p. 1670, concl. Christian VIGOUROUX.

298 Christian VIGOUROUX, *id.*

299 Bernard CHENOT, *id.*, p. 102.

300 Véronique BERTILLE, « L'intérêt pour agir des parlementaires devant le juge administratif », *RFDC* 2006, p. 825 ; dans le même sens, v. Rémi KELLER, « Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes », concl. sur CE, ass., 9 juillet 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, p. 980.

301 CE, 23 novembre 2011, n° 341258, *M. Masson*, rec. p. 580.

302 CE, 31 décembre 2020, n° 430925, *M. Potier*.

118. Fondements. Ces décisions ne peuvent être justifiées par l'opposition à l'action populaire, et s'appuient plutôt sur des arguments d'ordre politique et institutionnel. D'une part, le juge administratif est attaché à une tradition jurisprudentielle de réserve et n'entend pas intervenir comme un arbitre des conflits entre les pouvoirs exécutif et législatif. D'autre part, il considère que les membres du Parlement, représentants de la Nation, ne pourraient agir individuellement au nom de l'institution dont ils font partie. Il est cependant indéniable que la conception que le juge administratif retient de la séparation des pouvoirs a évolué en faveur d'un développement du contrôle juridictionnel, tant de la loi que des actes administratifs. Par ailleurs, l'argument qui présente l'indivisibilité de la souveraineté comme un obstacle à l'action individuelle des parlementaires « *apparaît contestable dans la mesure où il est loisible à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel* »³⁰³. Il semble en définitive que la position de rigueur du Conseil d'État pourrait être assouplie, au bénéfice du droit au recours, sans impliquer de bouleversement radical de l'équilibre institutionnel ni d'encombrement intolérable du prétoire. Dans cette perspective, la création d'un recours *sui generis* a pu être suggérée par la doctrine comme une orientation pertinente³⁰⁴. Elle pourrait être accomplie par la voie législative ou jurisprudentielle, conformément à la méthode retenue dès 2007 par le Conseil d'État en matière contractuelle.

119. Le rejet de l'action populaire dans le contentieux administratif de la légalité se mesure également par la constance des solutions que la jurisprudence retient en matière d'appréciation de l'intérêt à agir des personnes morales.

§ 2 - La persistance d'une conception orthodoxe de l'intérêt à agir des personnes morales

120. Les personnes morales peuvent saisir le juge de l'excès de pouvoir et contester les actes administratifs qui portent atteinte à leurs intérêts personnels ou collectifs. L'exigence d'un intérêt à agir s'oppose toutefois à ce que des groupements se prévalent d'un objet social excessivement étendu pour contester tout acte (A). Par ailleurs, le juge se montre relativement rigoureux à l'égard des organisations professionnelles, dont l'intérêt à agir est apprécié au prisme du principe de spécialité (B).

303 Olivier RENAUDIE, « Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective », *Revue générale du droit, Études et réflexions*, 2020, p. 15.

304 *Id.*, p. 17.

A - Le rejet de l'intérêt à agir des groupements à l'objet excessivement large.

121. Action collective. Consacrée comme liberté publique à l'aube du XX^{ème} siècle, la liberté d'association permet aux individus de constituer des groupements aux objets les plus variés. Au cours du « moment 1900 », le juge administratif a reconnu, par les décisions *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* du 21 décembre 1906³⁰⁵ et *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* du 28 décembre 1906³⁰⁶, que ces personnes morales de droit privé pouvaient avoir intérêt à agir contre les actes administratifs affectant leurs intérêts personnels ou les intérêts collectifs qu'elles se sont fixés. Comme l'a souligné le professeur Benoît Plessix, « *ce fut précisément l'une des manifestations du libéralisme du Conseil d'État que d'avoir ouvert très tôt l'accès au juge administratif de l'excès de pouvoir aux personnes morales, notamment aux associations et syndicats (...) à une époque où la personnalisation des intérêts collectifs n'en était pourtant qu'à ses prémices* »³⁰⁷.

122. Ces principes permettent quotidiennement à de nombreux groupements d'accéder au prétoire du juge de la légalité. Certaines associations se sont saisies de cette possibilité et ont fréquemment employé le recours pour excès de pouvoir au soutien de leur cause. Il est possible de citer, parmi d'autres et au nombre des plus actives, dans le domaine des libertés publiques : le GISTI, l'association SOS Racisme ou la ligue des droits de l'homme ; dans le domaine de l'environnement : l'association France Nature Environnement et la ligue de protection des oiseaux ; dans le domaine culturel, et en particulier en matière de visas cinématographiques, l'association Promouvoir témoigne par ailleurs de ce que l'action collective est également employée comme un instrument de protection de valeurs plus conservatrices.

123. S'inspirant des principes jurisprudentiels définis par le Conseil d'État, certains justiciables ont entendu faire usage de leur liberté d'association pour constituer des personnes juridiques susceptibles de revendiquer un intérêt à agir contre des décisions qu'ils ne seraient pas, eux-mêmes, recevables à contester par la voie de l'excès de pouvoir. Le juge administratif a cependant déjoué la stratégie consistant à définir l'objet statutaire de l'association de telle sorte qu'il lui permettrait d'agir contre tout acte de son choix. Il considère en effet qu'un objet

305 CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, rec. p. 962.

306 CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, rec. p. 977.

307 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 1404.

trop largement défini s'oppose en soi à la reconnaissance de l'intérêt à agir³⁰⁸, ou bien qu'il ne permet pas de caractériser un intérêt suffisamment direct et certain pour donner qualité à agir³⁰⁹.

124. Contestation d'actes réglementaires. Les différentes tentatives de création d'une association dont l'objet social était d'obtenir le respect du droit afin de contester des actes à caractère réglementaire se sont ainsi avérées infructueuses³¹⁰ : l'association S.O.S. Défense, dont l'objet est « *d'aider quiconque le lui demandera à savoir organiser sa défense dans toutes les difficultés de la vie quotidienne* », ne justifiait pas d'un intérêt à contester un décret relatif à la formation des futurs avocats³¹¹ ; l'association dénommée Le droit pour la justice et la démocratie, ayant notamment pour objet statutaire de « *combattre l'injustice sous quelque forme que ce soit et en quelque lieu qu'elle se trouve* », ne pouvait prétendre avoir intérêt à agir à l'encontre d'une circulaire ministérielle relative au statut des étrangers en situation irrégulière. Le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens s'oppose par ailleurs à ce qu'une association puisse établir son intérêt à agir en critiquant la légalité d'un acte sous l'angle spécial de son objet statutaire : ainsi, quand bien même estimait-elle que la délibération du Conseil de Paris fixant le tarif de la taxe différentielle sur les véhicules à moteur était contraire aux stipulations du traité CE, l'Association française pour l'application du traité de Rome ne justifiait pas d'un intérêt à agir à l'encontre de cet acte³¹².

125. Contestation d'actes individuels. Par le même raisonnement, associé au souci de garantir la stabilité des situations juridiques, le juge écarte les recours d'associations à large objet qui viseraient des actes administratifs individuels. L'Association de défense des agents publics n'était ainsi pas recevable à contester l'arrêté de nomination du trésorier payeur du département du Puy-de-Dôme, eu égard à l'ampleur de son objet consistant à « *veiller au respect des règles propres à la fonction publique, en vue, notamment, d'assurer l'effectivité du principe d'égalité résultant de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »³¹³ ; de même et plus récemment, l'Association de défense des droits et libertés

308 V. par ex. CE, 26 juillet 1985, n° 35024, *Union régionale pour la défense de l'environnement de la nature de la vie et de la qualité de la vie en Franche-Comté*.

309 Par ex. : CE, 18 février 1998, n° 188517, *Association pour le respect de la réglementation applicable au cumul d'une fonction publique et d'une activité privée* ; CE, 13 octobre 2016, n° 402318, *Association des contribuables repentis*.

310 Par ex., CE 12 mars 2007, n° 297888, n° 298085, *GISTI, Syndicat de la magistrature et autres*.

311 CE, 30 septembre 1983, n° 24468, *Association S.O.S. Défense*, rec. T. 776.

312 CE, 15 avril 1992, n° 111914, *Association française pour l'application du traité de Rome*.

313 CE, 13 mars 1998, n° 173705, *Association de défense des agents publics*.

constitutionnels, formée à l'initiative de plusieurs professeurs de droit et qui s'est notamment donnée pour objet « *d'assurer en France la promotion et la garantie des droits et libertés fondamentaux* », de « *veiller à la séparation des pouvoirs* » et de « *développer et de soutenir, par tous moyens, y compris par la voie contentieuse, les actions en vue de la reconnaissance et le respect de l'effectivité des droits et libertés en France et en Europe, y compris les droits sociaux, économiques et culturels, environnementaux ou des générations futures* », s'est heurtée à cet obstacle lorsqu'elle a souhaité contester plusieurs décisions de nomination au sein des cabinets du Président de la République et du premier ministre³¹⁴.

126. Associations *ad hoc*. Cette jurisprudence a pour objectif évident de « *faire échec à d'éventuels détournements du procédé associatif et s'inscrit dans le droit fil de l'absence de reconnaissance de l'action populaire dans le contentieux administratif* »³¹⁵. Bien que la pratique de la constitution d'une association en vue de la défense d'intérêts collectifs devant les juridictions soit très ancienne, elle suscite une méfiance particulière lorsqu'il apparaît que l'association a été directement formée dans une perspective contentieuse. Le Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, présidé par Léon Duguit, avait d'ailleurs pu être décrit par les défendeurs comme « *une société de plaideurs, formée en vue d'un litige déterminé, sans aucun caractère de permanence* », « *constituée dans une idée de lucre, en vue d'une plus-value à apporter aux propriétés du quartier* ». Ces accusations avaient cependant été démenties par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions. Sans exercer de contrôle sur l'objet statutaire des associations ou les circonstances de leur constitution, le juge ne semble indifférent à aucun de ces paramètres. Il paraît d'ailleurs faire preuve de plus de sévérité à l'égard des associations *ad hoc* formées « *dans le seul but de contourner les règles de l'intérêt pour agir* »³¹⁶, cette pratique étant assez fréquemment envisagée comme un abus de la liberté d'association dans les conclusions des commissaires du gouvernement et rapporteurs publics. La réprobation du Conseil d'État transparaît dans certaines décisions dont la motivation ne se limite pas à constater que l'objet de l'association est excessivement large pour lui conférer un intérêt à agir. Pour rejeter la requête de l'*Association des contribuables repentis*, le juge relève ainsi non seulement que l'objet statutaire de l'association requérante était « *très général* » mais également – et non

314 CE, 24 septembre 2018, n° 414118, *Association de défense des libertés constitutionnelles*, *Juris Associations* 2018, n° 587, p. 12, act. Stéphanie DAMAREY.

315 Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 5^e ed. p. 690.

316 Sophie ROUSSEL, concl. sur CE, 24 septembre 2018, n° 414118, *Association de défense des libertés constitutionnelles* (inédites).

sans malice – qu'elle avait été fondée quelques mois après la publication au BOFiP de l'instruction fiscale litigieuse « *par un collaborateur et un avocat associé d'un même cabinet d'avocats spécialisé en droit fiscal* »³¹⁷.

127. En s'opposant à une pratique qu'il considère à tout le moins comme étant excessivement éloignée de la fonction traditionnelle du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État rejette avec constance la conception qui ferait de cette voie de droit un « *recours citoyen* »³¹⁸ et veille à ce qu'il demeure un mécanisme défensif à disposition du justiciable lésé par l'action administrative. L'orthodoxie du juge administratif dans l'appréciation de l'intérêt à agir des personnes morales peut également être mesurée par l'observation de sa jurisprudence relative à l'intérêt à agir de certaines organisations professionnelles.

B - L'appréciation de l'intérêt à agir des organisations professionnelles au prisme du principe de spécialité.

128. Il n'est pas surprenant que l'action corporative permette la défense d'intérêts professionnels devant le juge de l'excès de pouvoir et l'arrêt *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* l'a d'ailleurs illustré très tôt. Les syndicats professionnels peuvent ainsi introduire des recours en vue de la défense de leur intérêt collectif ou dans l'intérêt d'un nombre suffisant de leurs membres, à l'encontre d'actes de portée générale ou de certaines décisions individuelles. La jurisprudence du Conseil d'État relative à l'intérêt à agir des personnes morales contre des actes individuels a été qualifiée de « *subtile* »³¹⁹ et repose sur la distinction classique, proposée par Romieu, entre les mesures qui avantagent les tiers et celles qui leur sont défavorables. Tandis que les premières peuvent léser les intérêts de l'association ou de ses membres³²⁰, les secondes ne peuvent, par principe et en vertu de l'adage qui veut que *nul ne plaide par procureur*, être contestées que par leur destinataire ou son mandataire³²¹.

129. Action collective des fonctionnaires. Si le Conseil d'État avait jugé, par l'arrêt *Lot* de 1903³²², qu'un agent public pouvait revendiquer un intérêt à agir contre certains actes de l'administration à laquelle il appartient, le principe d'interdiction du droit syndical au sein de

317 CE, 13 octobre 2016, n° 402318, *Association des contribuables repentis*.

318 Sophie ROUSSEL, *id.*

319 Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e ed., p. 281.

320 V. par ex. CE, sect., 18 janvier 2013, n° 354218, *Syndicat de la magistrature*, admettant l'intérêt du syndicat à agir contre une nomination pour ordre.

321 CE, sect., 13 décembre 1991, n° 74153, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes*.

322 CE, 11 décembre 1903, *Lot*, rec. p. 780, GAJA n° 12.

la fonction publique s'est opposé jusqu'à la moitié du XX^{ème} siècle à ce que l'action collective des fonctionnaires soit admise sur le fondement de la jurisprudence *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*³²³. Les syndicats de fonctionnaires étaient alors considérés comme dépourvus de capacité pour agir, et ce n'est qu'après l'adoption de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires que leur existence et celle de leur droit d'agir ont été consacrées.

130. Actes d'organisation du service. Cette évolution s'est alors accompagnée de la transposition à l'action collective de la réserve, implicitement exprimée par l'arrêt *Lot* dans le cas d'un requérant individuel, selon laquelle les agents publics n'ont pas d'intérêt donnant qualité à agir contre les actes d'organisation du service dans lequel ils sont employés, à l'exception des actes qui porteraient atteinte aux droits qu'ils tirent de leur statut ou aux prérogatives de leur corps. Cette présomption d'irrecevabilité est classiquement justifiée par « *le principe de subordination hiérarchique* »³²⁴, dont il est déduit que les fonctionnaires ne peuvent chercher à obtenir du juge la remise en cause d'un acte émanant de leur chef de service. Le recours exercé à titre individuel ou collectif par les fonctionnaires s'inscrit ainsi dès son origine dans une perspective plus étroite que celui d'autres catégories de justiciables qui, comme les usagers du service public, peuvent avoir intérêt à demander l'annulation des actes d'organisation du service.

131. La modification du contexte normatif induite par l'adoption du statut général des fonctionnaires a cependant amené le Conseil d'État à s'interroger sur le maintien de cette restriction. L'institution des comités techniques paritaires, composés pour moitié de représentants des fonctionnaires, ayant notamment pour vocation de connaître des questions relatives aux mesures d'organisation des services, avait pu susciter des hésitations : « *puisque la loi elle-même admet que l'autorité hiérarchique doit soumettre ses projets d'organisation du service aux représentants des fonctionnaires, pourquoi ne pas leur permettre d'attaquer ces mesures si elles sont illégales ?* »³²⁵. L'arrêt d'assemblée *Association générale des administrateurs civils* du 26 octobre 1956³²⁶ a cependant marqué nettement la volonté du juge administratif de conserver la réserve issue de l'arrêt *Lot*, au nom du principe hiérarchique.

323 V. par ex. sur cette question : Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Amphithéâtre, 1988, p. 403 et s.

324 Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e ed., p. 73.

325 Guy BRAIBANT, *id.*, p. 410.

326 CE, ass., 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, rec. p. 391, RDP p. 1309, concl. Claude MOSSET.

Cette position confirme que les syndicats de fonctionnaires ne sont pas considérés comme des organismes garants du respect de la légalité en matière de fonction publique. Les conclusions du commissaire du gouvernement Mosset, qui soulignait que les syndicats « *représentent les fonctionnaires et non pas le service public* »³²⁷, traduisent par ailleurs l'influence du principe de spécialité dans cette solution.

132. Alors même que l'équilibre « *entre les nécessités du service public et de l'ordre public et le principe hiérarchique, d'une part, et, d'autre part, les droits des fonctionnaires pris comme travailleurs et comme citoyens* » s'avère « *instable* » et se voit « *constamment remis en question* »³²⁸, cette jurisprudence a été maintenue avec la plus grande constance tout au long du XX^{ème} siècle³²⁹ et jusqu'à aujourd'hui³³⁰. Des applications contemporaines en illustrent la fermeté. Le Conseil d'État a notamment jugé en 2011 que le syndicat CGT des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'avait pas intérêt à demander l'annulation d'une « *charte des droits des entreprises du secteur des hôtels, cafés et restaurants* » signée par l'État et des organisations patronales de ce secteur d'activité³³¹ : si ce texte prévoyait les conditions dans lesquelles les contrôles administratifs devaient être organisés, il ne portait pas atteinte aux droits ou prérogatives des agents concernés, et n'affectait pas leurs conditions de travail. De même, il a jugé en 2019 que le syndicat UATS-UNSA n'avait pas d'intérêt à agir contre les dispositions réglementaires prévoyant la liste des directions d'administration centrale placées sous l'autorité du ministre de l'Intérieur³³².

133. Le principe hiérarchique, qui s'oppose à ce que les agents publics contestent les décisions émanant d'une autorité supérieure, et le principe de spécialité, qui limite la vocation des syndicats de fonctionnaires à la défense de leurs intérêts matériels, constituent ainsi des obstacles intangibles à l'admission de leur intérêt à agir à l'encontre des actes d'organisation du service. Au-delà de la sphère du service public lui-même, le principe de spécialité des personnes morales a fondé une autre restriction de l'intérêt à agir des syndicats.

327 Claude MOSSET, concl. p. 1315.

328 Guy BRAIBANT, *id.*, p. 411.

329 CE, sect., 8 mars 1963, *Mailhol*, rec. p. 147 ; CE, 30 janvier 1981, *Syndicat général des impôts FO*, rec. p. 147 ; CE, sect., 13 janvier 1993, *Syndicat national autonome des policiers en civils*, rec. p. 13 ; CE, sect. 10 juillet 1995, *Mme Laplace*, rec. p. 302.

330 Par ex., CE, 14 novembre 2007, n° 307860, *Union nationale des affaires sociales CGT et autres*.

331 CE, 27 avril 2011, n° 312368, *Syndicat CGT des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, rec. T. 992-1066.

332 CE, 31 décembre 2019, n° 429715, *Syndicat UATS-UNSA*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 3, p. 34.

134. Intérêt à agir des syndicats professionnels. Depuis 2015, le Conseil d'État s'appuie en effet sur les dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail, aux termes duquel « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* » pour apprécier la recevabilité des requêtes introduites par des syndicats professionnels. Saisi par le Syndicat de la magistrature d'un recours pour excès de pouvoir visant certaines dispositions du décret du 14 janvier 2015 relatif à l'interdiction de sortie du territoire des ressortissants français projetant de participer à des activités terroristes à l'étranger, le Conseil d'État a ainsi jugé que ce texte faisait obstacle à ce que le syndicat requérant se prévale des termes généraux de ses statuts, d'après lesquels il a pour mission de veiller à la « *défense des libertés et des principes démocratiques* », pour tenter d'établir son intérêt à agir³³³.

135. D'autres décisions ont confirmé que cette précision n'avait pas pour seule destination de limiter l'activisme juridictionnel d'un syndicat particulier, et qu'elle avait bien vocation à définir un prisme à travers lequel serait désormais apprécié l'intérêt à agir de ces groupements. Il apparaît ainsi que l'article L. 2131-1 du code du travail permet d'admettre l'intérêt à agir d'un syndicat lorsque son action s'inscrit précisément dans l'objectif de la défense des intérêts professionnels de ses membres³³⁴. En revanche, dans la lignée de l'arrêt *Syndicat de la magistrature*, il a pu être mobilisé par le juge pour rejeter le recours d'un syndicat du personnel de France Télévisions dirigé contre les dispositions d'un décret relatif à l'interdiction de la publicité dans certains programmes³³⁵. Le Conseil d'État a également précisé que l'intérêt collectif dont les syndicats professionnels peuvent se prévaloir afin d'établir leur intérêt à agir pouvait dépasser celui de ses seuls adhérents³³⁶. Il peut être déduit de cette orientation jurisprudentielle relativement récente que l'intérêt à agir des syndicats professionnels est désormais entendu de manière stricte par référence à la loi³³⁷, et que leur action contentieuse n'a plus d'autre vocation que la défense des intérêts professionnels.

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

334 CE, 31 mars 2017, n° 396248, *Syndicat national des cadres navigants de la marine marchande*.

335 CE, 26 avril 2018, n° 418489, *SNRT-CGT France Télévisions*.

336 CE, ord., 4 avril 2020, n° 439905, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe*.

337 En ce sens : Camille BROUELLE, *id.*, p. 76 ; Élise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, 2345.

Conclusion du Chapitre 1

136. En privilégiant le critère de l'intérêt à agir sur celui de la lésion d'un droit subjectif aux origines du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a fait le choix d'ouvrir largement le prétoire du juge de la légalité. La politique jurisprudentielle du « moment 1900 » a confirmé cette volonté de « démocratisation »³³⁸ du recours en consacrant une interprétation libérale de cette condition de recevabilité. La définition du degré d'ouverture du recours pour excès de pouvoir a ainsi attribué très tôt à cette voie de droit une fonction politique de contre-pouvoir à l'arbitraire de l'exécutif, en confiant aux administrés « *un pouvoir d'agir qui participe du contrôle général de l'administration* » devant « *s'opérer dans un régime démocratique* »³³⁹.

137. Si, à l'époque de son émergence et de son affirmation par opposition à la notion de droit lésé, la doctrine majoritaire a considéré que cette condition de recevabilité était en adéquation avec la nature du recours pour excès de pouvoir, l'exigence d'un intérêt a progressivement été perçue comme une anomalie procédurale. La conception faisant du recours pour excès de pouvoir un procès fait à un acte strictement objectif paraissait en effet impliquer un degré d'ouverture encore plus grand, semblable à une action populaire, vers laquelle la condition d'intérêt à agir paraissait d'ailleurs magnétiquement attirée.

138. Alors même que certains auteurs attendaient son recul ou sa disparition, l'exigence d'un intérêt donnant qualité à agir s'est maintenue avec constance tout au long du XX^{ème} siècle. La nécessité de garantir le bon fonctionnement de la justice administrative par la régulation de l'accès au prétoire a été avancée comme principal argument pour expliquer la présence d'une condition subjective de recevabilité dans le régime d'un recours de nature objective : les conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement Chenot dans l'affaire *Gicquel* en donnent l'illustration la plus célèbre, et il est permis de croire que ce n'est pas seulement en raison du sens de la formule de leur auteur qu'il y a été si fréquemment fait référence dans d'autres conclusions. Cette explication pragmatique demeurait cependant théoriquement insatisfaisante pour la doctrine, dont la recherche de cohérence et de systématisation avait été tournée en dérision.

338 David BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n° 24, p. 6.

339 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, p. 1198.

139. Les progrès de la réflexion sur le sujet ont, depuis, permis de tempérer la controverse. Il a notamment été mis en évidence que la condition d'intérêt à agir, héritée d'une conception subjectiviste de la justice administrative occultée par les thèses objectivistes³⁴⁰, reflétait la part irréductible de subjectivité que présente l'action exercée par le requérant³⁴¹ : si le recours pour excès de pouvoir revêt un caractère d'utilité publique³⁴², c'est en effet toujours la défense de son propre intérêt – même largement entendu – qui anime le justiciable lorsqu'il saisit le juge.

140. Le renforcement de l'efficacité de l'annulation au cours de la période contemporaine a également contribué à l'identification des fondements théoriques de ce critère de recevabilité. Avec la consécration législative de son pouvoir d'injonction, le juge administratif de l'excès de pouvoir a plus nettement pris conscience du caractère potentiellement perturbateur de ses décisions. En s'opposant à ce que l'ordonnancement soit bouleversé par l'action de requérants qui ne seraient pas suffisamment affectés par l'acte, l'exigence d'un intérêt pour agir s'est affirmée comme un mécanisme procédural de garantie de la stabilité des situations juridiques³⁴³. Alors que cette fonction était principalement dévolue à la seule condition du délai pour agir dans la conception classique du recours pour excès de pouvoir et que l'exigence d'intérêt pour agir avait été instituée en vue de réaliser un équilibre entre l'ouverture du prétoire et le bon fonctionnement de la juridiction administrative, sa finalité procédurale apparaît renouvelée : c'est aujourd'hui « *moins pour protéger le juge administratif des flux contentieux que risquerait d'entraîner la possibilité d'une action populaire en contrôle de la légalité, risque probablement assez théorique, que pour préserver l'administration et les administrés de l'insécurité juridique qu'elle représenterait* »³⁴⁴ que l'intérêt à agir demeure exigé.

340 Norbert FOULQUIER, *op. cit.*

341 En ce sens, v. David BAILLEUL, *id.*

342 René CHAPUS, *op. cit.*, p. 230.

343 En ce sens, v. Thierry-Xavier GIRARDOT, concl. sur CE, 13 mars 1998, n° 173705, *Association de défense des agents publics (ADAP)*.

344 Gilles PELLISSIER, « Juger de la légalité et sécurité juridique », in *Juger de la légalité en matière administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE, p. 193.

Chapitre 2 - L'intérêt à agir, instrument de politiques sectorielles de stabilisation des situations juridiques.

141. L'exigence de stabilité des situations juridiques qui caractérise la période contemporaine se traduit par de nombreux amendements à la logique du « moment 1900 », qui a permis au recours pour excès de pouvoir de s'affirmer en tant qu'instrument de protection de la légalité objective par l'appréciation généreuse de l'intérêt donnant qualité à agir aux administrés. L'ouverture du prétoire impliquée par ce libéralisme paraît aujourd'hui générer un risque contentieux dans certains domaines au « *fort potentiel économique et financier* »³⁴⁵, dont le contentieux de l'urbanisme et celui des contrats administratifs sont les illustrations les plus franches.

142. L'un et l'autre représentent pourtant une proportion mineure du contentieux porté devant les juridictions administratives. Alors que le contentieux des étrangers domine largement le stock des affaires enregistrées depuis les années 2000, ils sont encore précédés par le contentieux fiscal ou celui de la fonction publique. L'observation des statistiques figurant dans les rapports annuels du Conseil d'État révèle que leur volume, rapporté à l'augmentation globale du flux de requêtes, reste relativement stable. De la première instance à la cassation, le contentieux de l'urbanisme représente ainsi de 5 % à 7 % de l'activité des juridictions administratives, le contentieux des contrats comptant quant à lui pour 3 % à 4 %³⁴⁶. S'ils n'apparaissent pas susceptibles de provoquer l'engorgement du prétoire³⁴⁷, ils ont toutefois pour autre trait commun de constituer des contentieux « *parmi les plus techniques et complexes* »³⁴⁸, dont le traitement dure et dont la résolution peut être fréquemment repoussée par des appels et pourvois en cassation.

143. En outre, dans ces domaines, les actes contestés sont souvent le support de droits subjectifs de tiers et d'intérêts généraux : l'autorisation individuelle d'urbanisme, décision créatrice de droits pour son bénéficiaire, permet la mise en œuvre d'un droit de construire

345 Catherine TEITGEN-COLLY, « Avant-propos » in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, p. 9.

346 Ces données statistiques sont ressorties de la consultation des rapports annuels du Conseil d'État de 2012 à 2022 et n'ont qu'une vocation indicative.

347 V. à propos du contentieux contractuel, Paul CASSIA, obs. n° 9 sur CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz.

348 Conseil d'État, rapport public annuel 2008 pour 2007, étude *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, p. 200.

découlant du droit de propriété, et peut participer de la politique de la ville et du logement³⁴⁹ ; le contrat de concession ou de marché, source de droits et d'obligations réciproques entre la personne publique et son cocontractant, peut quant à lui être le support d'une activité de service public ou une condition de sa continuité.

144. Associées à la prise en compte de la valeur économique des domaines de la construction et de la commande publique, ces circonstances sont apparues préoccupantes pour les pouvoirs publics qui ont tenu à renforcer la sécurité juridique des actes de l'administration au moyen de politiques globales. Les mécanismes employés se sont révélés plus ou moins efficaces. Ainsi, bien que le pouvoir réglementaire ait entendu fixer à dix mois le délai de jugement des recours contre certains permis de construire par l'introduction d'une disposition spécifique au sein du code de l'urbanisme³⁵⁰, son effet est strictement incitatif et il est fréquemment estimé que la durée moyenne de jugement en première instance avoisine deux ans. En revanche, la prévention des contentieux en amont des recours par le resserrement de leurs conditions de recevabilité et en particulier de l'intérêt à agir s'est avérée un levier puissant, dont le potentiel a rapidement été mesuré par le législateur et le Conseil d'État lui-même.

145. En rupture avec la conception libérale qui prévalait au cours du XX^{ème} siècle, l'intérêt à agir s'est affirmé, selon des modalités sensiblement différentes dans le contentieux des autorisations d'urbanisme (**Section 1**) et dans celui des contrats administratifs (**Section 2**), comme un instrument de renforcement de la stabilité des situations juridiques et de la sécurité contentieuse des actes de l'administration.

Section 1 - La sécurisation des autorisations d'urbanisme par le renforcement de la condition de l'intérêt à agir en excès de pouvoir

Les forts enjeux économiques et l'intérêt général qui s'attachent à l'efficacité de la politique de construction font du contentieux des autorisations d'urbanisme un domaine sensible, dans lequel le risque d'un recours suscite une angoisse particulière pour les bénéficiaires de permis et les investisseurs intéressés. Depuis le début des années 1990, le droit de l'urbanisme est ainsi marqué par de nombreuses réformes législatives qui poursuivent l'objectif

349 Hubert DELESALLE, « La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme », *RDP* 2019, n° 6, p. 1759.

350 Art. R. 600-6 du code de l'urbanisme.

« *obsessionnel* »³⁵¹ de sécuriser les autorisations individuelles d'urbanisme, notamment au moyen d'aménagements de leur régime contentieux : parmi les plus notables figurent la loi « Bosson » de 1994, qui reprend les propositions formulées par le rapport du Conseil d'État de 1992, la loi « ENL » de 2006 qui suivait celles du rapport Pelletier de 2005, l'ordonnance du 18 juillet 2013 construite sur la base du rapport Labetoulle de la même année, et la loi « ELAN » du 23 novembre 2018 qui incorpore les « *propositions pour un contentieux de l'urbanisme plus rapide et plus efficace* » du rapport Maugué. Les aménagements apportés reposent sur une prise en compte des spécificités que présente le contentieux des autorisations d'urbanisme par rapport à certaines configurations de contentieux administratif général.

146. Configuration triangulaire. D'une part, il a pour caractéristique de constituer « *très largement un contentieux d'autorisation individuelles formé par des tiers à ces autorisations* »³⁵². Alors que, en excès de pouvoir, le contentieux des actes individuels se présente souvent dans une configuration bilatérale, dans laquelle il appartient à l'administration de défendre un acte contesté par un administré qui en est le destinataire, tel qu'une décision de refus, le contentieux des autorisations d'urbanisme est qualifié de « *triangulaire* »³⁵³, dans la mesure où il implique non seulement le requérant et l'administration auteur de la décision litigieuse, mais également le bénéficiaire qui entend en retirer des droits. Cette particularité avait justifié l'adoption, par la loi « Bosson », du dispositif aujourd'hui inscrit à l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme obligeant l'auteur d'un recours contentieux ou administratif contre une autorisation d'urbanisme à en notifier son bénéficiaire dans un délai de quinze jours à peine d'irrecevabilité, visant « *dans un but de sécurité juridique, à permettre au bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme, ainsi qu'à l'auteur de cette décision, d'être informés à bref délai de l'existence d'un recours contentieux dirigé contre elle* »³⁵⁴.

147. Droits des tiers. D'autre part, l'objet même des recours contre les autorisations d'urbanisme présente une certaine originalité dans la mesure où les actes contestés sont des décisions positives, modificatrices de l'ordonnement juridique et qui créent systématiquement des droits pour leurs bénéficiaires. Si le recours pour excès de pouvoir

351 Yves JEGOUZO, « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », *RDI* 1994, p. 153.

352 Rozen NOGUELLOU, « L'intérêt à agir et le contentieux de l'urbanisme », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, *op. cit.*, p. 131.

353 La paternité de l'expression est fréquemment attribuée à Daniel Labetoulle, qui l'emploie dans le débat consacré aux « Questions pour le droit administratif », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 20.

354 CE, sect., 13 mars 2015, n° 358677, *Mme Ciaudo*.

demeure une voie de droit objective, il se teinte de subjectivité dès lors que le contentieux des permis de construire donne lieu à une confrontation, à l'aune des exigences de la légalité, entre les droits des requérants et ceux des tiers.

148. Effet du recours. Enfin, bien qu'il soit par nature dépourvu de caractère suspensif, l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir « *rend en fait très difficile l'engagement de l'exécution d'une opération* »³⁵⁵ en paralysant son financement ou sa commercialisation jusqu'à l'achèvement de la procédure contentieuse. Associé au libéralisme traditionnel de la jurisprudence administrative en matière d'intérêt à agir, qui autorise l'action de nombreux requérants potentiels et donc le risque de recours, cet effet matériellement suspensif confère au recours pour excès de pouvoir visant une autorisation d'urbanisme un caractère perturbateur redoutable. À cet égard, s'il est admis qu'une très faible proportion des autorisations accordées fait l'objet de recours³⁵⁶, une difficulté particulière réside dans le fait qu'ils se concentrent sur les projets matériellement les plus importants, dont la réalisation se voit retardée ou économiquement compromise.

149. Recours abusifs. Les inquiétudes que suscite le risque de l'introduction de recours légitimes par les voisins des constructions, par des associations de protection de l'environnement ou par le représentant de l'État sont par ailleurs exacerbées par la crainte d'une prolifération des recours abusifs. Depuis plus de vingt ans, les acteurs de l'immobilier, relayés par les auteurs des rapports sollicités par les différents gouvernements, font état de pratiques consistant, pour certains requérants, à attaquer des autorisations d'urbanisme à des fins autres que la défense de leurs droits ou intérêts légitimes, et notamment dans l'objectif d'exercer un chantage financier.

150. Lutter contre ces comportements constitue une préoccupation du législateur en même temps que l'un des principaux arguments employés pour justifier les réformes du contentieux de l'urbanisme visant à garantir une plus grande sécurité juridique aux détenteurs d'autorisations. À cette fin, les pouvoirs publics ont fait le choix de resserrer les modalités de l'appréciation de l'intérêt à agir des tiers. D'abord employée pour protéger les autorisations du risque de recours considérés comme abusifs (§ 1), cette technique s'est finalement affirmée comme un mécanisme général de stabilisation préventive des autorisations d'urbanisme (§ 2).

355 Daniel LABETOULLE, « Une nouvelle réforme du droit du contentieux de l'urbanisme », *RDI* 2013, p. 508.

356 Rapport Maugüe, p. 4.

§ 1 - Le resserrement de l'intérêt à agir comme technique de protection des autorisations d'urbanisme contre les recours abusifs

151. Déplorée par les « *acteurs économiques* »³⁵⁷ de l'urbanisme, l'existence d'un phénomène de détournement du recours pour excès de pouvoir par des requérants de mauvaise foi est largement admise par les auteurs des différents rapports réalisés à la demande du gouvernement entre 2005 et 2018, qui ont suggéré plusieurs évolutions normatives afin d'y faire face, ainsi que par le législateur. Si le juge administratif n'ignore pas que le droit au recours peut faire l'objet d'abus, la lutte contre de telles pratiques se heurte à des difficultés tenant autant à l'identification des recours malveillants qu'à la détermination de la sanction pertinente (A). Faute de pouvoir empêcher totalement les saisines abusives par des mécanismes punitifs et dissuasifs, le législateur a ainsi privilégié une démarche préventive reposant sur l'encadrement temporel de l'appréciation de l'intérêt à agir des tiers (B).

A - La difficulté de la restriction des recours abusifs en droit de l'urbanisme

152. **Théorie de l'abus de droit.** Dérivée de la maxime *summum jus, summa injuria*, la théorie de l'abus de droit repose sur le postulat moral selon lequel les droits de l'individu doivent être exercés conformément à des finalités légitimes. Par suite, celui qui fait usage de ses droits en les détournant de celles-ci, sans chercher à en retirer un avantage personnel voire dans l'objectif de nuire à autrui, commet une faute l'exposant à certaines sanctions. Dès 1915, la Cour de cassation a ainsi jugé dans l'affaire *Clément-Bayard* qu'un propriétaire abusait de son droit en érigeant de hautes constructions qui ne présentaient aucune utilité pour l'exploitation de son terrain, dans le but d'endommager le ballon dirigeable de son voisin³⁵⁸. En l'espèce, sa responsabilité était engagée du fait des préjudices causés par l'abus de son droit de propriété.

153. **Abus du droit au recours.** En tant que droit subjectif, le droit d'agir en justice paraît pouvoir faire l'objet d'abus comparables³⁵⁹, notamment lorsqu'il est exercé par des requérants dont l'action s'inscrit dans une démarche malveillante ou dilatoire, ou dont le tempérament particulièrement procédurier confine à l'acharnement³⁶⁰. En dépit de l'importance qui

357 Rapport Maugué, p. 42.

358 Cass., chambre des requêtes, 3 août 1915, 00-02.378.

359 Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècles*, Dalloz, 2003, p. 342.

360 Ces figures sont parfois représentées dans des œuvres littéraires et la comédie *Les plaideurs* de Racine en est sans doute l'illustration la plus célèbre. Dans *Le chien des Baskerville* d'Arthur Conan Doyle, le personnage de Mr. Frankland en fournit un exemple amusant. Alors qu'il se réjouit d'avoir obtenu des tribunaux la fermeture d'un bois où des promeneurs se rendaient pour pique-niquer, le Dr. Watson lui demande : « *En avez-vous tiré un avantage ?* », ce à quoi il répond « *Aucun, monsieur, aucun ! Je suis fier*

s'attache à la liberté d'agir en justice, certains mécanismes permettent de sanctionner de tels comportements. Ils induisent nécessairement une « *limitation du droit fondamental d'ester en justice* »³⁶¹. Après le juge national³⁶², la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'article 6 de la Convention « *n'interdit pas aux États contractants d'édicter les réglementations régissant l'accès des justiciables à une juridiction, pourvu que ces réglementations aient pour but d'assurer une bonne administration de la justice ; tel est sans nul doute l'objet des réglementations relatives à la saisine d'une juridiction de recours et, notamment, celles dont le but est de se prémunir contre des plaideurs téméraires* »³⁶³. Cette juridiction, qui peut elle-même être confrontée à des requérants animés par des objectifs discutables³⁶⁴, dispose d'ailleurs de la possibilité de rejeter comme irrecevables les requêtes qu'elle estime abusives.

154. Sanctions de l'abus de droit au recours. En droit interne, l'abus du droit au recours peut faire l'objet d'une amende. L'article 32-1 du code de procédure civile prévoit ainsi que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile (...)* ». Après avoir été introduit en contentieux administratif par la loi du 4 août 1956, le principe d'une amende pour recours abusif est aujourd'hui inscrit à l'article R. 741-12 du code de justice administrative, qui dispose que « *le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 10000 euros* »³⁶⁵. En matière civile ou administrative, une telle amende « *est une forme d'indemnisation (très partielle) du coût pour la Justice et la société d'une procédure abusive* »³⁶⁶. Il s'agit d'« *un mécanisme de type pénal et non de type indemnitaire* »³⁶⁷, qui se distingue de l'octroi de dommages et

de dire que je n'avais pas le moindre intérêt dans l'affaire. J'agis entièrement sous l'inspiration du droit public. ».

361 En ce sens, v. CE (Belgique), 22 septembre 2003, *Delvaux*.

362 CE, 25 juillet 1986, *Casanovas*, rec. p. 669 ; v. également CE, 14 octobre 2009, n° 322164, *Kemlin*, qui relève que les dispositions de l'article R. 741-12 ont pour objectif une bonne administration de la justice et ne méconnaissent pas l'art. 6 § 1 CESDH.

363 CEDH, 15 octobre 2005, n° 35009/02, *Maillard c/ France*, § 35.

364 V. par ex. la décision d'irrecevabilité CEDH, 21 septembre 2021, n° 41994/21, *Zambrano c/ France*, § 36.

365 Avant d'être élevé à 10000 euros par le décret JADE de 2016, le montant de ces amendes était fixé à 3 000 euros. Le professeur Chapus se demandait à cet égard « *si un peu d'optimisme [n'était] pas nécessaire pour estimer que la perspective d'une telle amende [20 000 F] n'est pas de nature à restreindre l'exercice du droit d'agir en justice* » (*Droit du contentieux administratif*, op. cit. p. 1076). La Cour européenne des droits de l'homme, qui juge que les amendes pour recours abusif « *ne sont pas par principe incompatibles avec l'article 6 § 1* » de la Convention (v. CEDH, 6 mars 2002, n° 35009/02, *Maillard c/ France*), tient toutefois compte du montant auquel elles sont fixées pour s'assurer qu'elles ne constituent pas un obstacle au droit d'accès à un tribunal. A titre de comparaison, il peut être observé que l'article 37 des lois sur le Conseil d'État de Belgique prévoit la possibilité de sanctionner les recours *manifestement* abusifs par une amende de 125 à 2500 euros. V. sur ce sujet Michel PÂQUES, op. cit., p. 410 et s.

366 Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Intérêt pour agir » (octobre 2018), § 212.

367 Fabien HOFFMANN, « Les conclusions reconventionnelles à caractère indemnitaire dans le contentieux de l'urbanisme », *Droit et Ville* 2015, n° 1, p. 56.

intérêts à la victime de l'abus, lequel peut faire suite à la présentation de conclusions reconventionnelles. Le juge administratif admet de manière classique qu'il peut être saisi de telles conclusions dans le contentieux de pleine juridiction³⁶⁸.

155. Abus du droit au recours et recours pour excès de pouvoir. La sanction des abus du droit au recours par ces mécanismes se heurte toutefois à certaines difficultés, qui semblent amplifiées dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir. Selon une jurisprudence traditionnelle symbolisée par l'arrêt *Noble*, il est jugé que « *la nature particulière* » du recours pour excès de pouvoir s'oppose à ce que « *des conclusions reconventionnelles tendant à ce que le demandeur soit condamné à payer à une personne mise en cause des dommages-intérêts pour procédure abusive* » soient « *utilement présentées dans une instance en annulation pour excès de pouvoir* »³⁶⁹. Selon le professeur Chapus, il s'agit de la conséquence « *non de l'absence de parties, mais du fait que, le procès étant dirigé contre l'acte et non contre la partie défenderesse, il n'y a pas lieu de permettre à celle-ci de présenter une réclamation contre l'autre* »³⁷⁰. L'irrecevabilité des conclusions reconventionnelles implique, dès lors, que la sanction d'un abus dans l'exercice du recours pour excès de pouvoir ne peut être obtenue que par le mécanisme de l'amende de l'article R. 741-12 du CJA, dont la mise en œuvre est entièrement soumise à l'appréciation du juge. En premier lieu, le prononcé d'une amende étant l'un de ses pouvoirs propres, les conclusions tendant à ce qu'il en fasse usage sont considérées comme irrecevables³⁷¹. En second lieu, s'agissant d'un mécanisme de dissuasion et de répression d'un comportement contraire à la bonne administration de la justice, c'est du point de vue du juge lui-même et du service public de la justice que le caractère abusif du recours est observé. Or, il peut s'avérer malaisé de reconnaître un abus dans l'exercice d'un recours d'utilité publique, dont la fonction classique est de garantir le respect objectif de la légalité et qui est, à cette fin, ouvert à tout administré faisant état d'un intérêt qui doit lui-même, pour donner qualité à agir, être légitime.

368 CE, 25 octobre 1946, *Gronier et Gastu*, rec. p. 247 ; CE, sect., 22 décembre 1950, *Barbier*, rec. p. 640 ; CE, sect., 24 octobre 1952, *Combaz*, rec. p. 461 ; CE, 27 novembre 1968, *Commune de Cournon d'Auvergne*, rec. p. 1066.

369 CE, 24 novembre 1967, *Noble*, rec. p. 443, *D.* 1968, p. 142, concl. Jacques BAUDOUIIN ; v. également CE, sect., 7 décembre 1979, n° 5577, *Delarue*, rec. p. 847 ; CE, 27 juin 2001, n° 224115, *CPAM de la Haute-Garonne* ; la solution prévaut également en contentieux électoral : v. CE, 29 décembre 2014, n° 381579, *Élections municipales de Samaran*.

370 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 229.

371 V. par ex. CE, 24 janvier 1986, *Mme Rosset*, rec. T. 669 ; CE, 27 février 1987, n° 38482, *Bertin*. Cela ne fait pas obstacle à ce que le juge prononce une amende après avoir écarté les conclusions présentées en ce sens.

156. La jurisprudence exclut qu'un recours fondé soit considéré comme abusif³⁷², ce qui limite cette hypothèse à la catégorie des recours irrecevables ou infondés. Afin d'identifier les abus, le juge tient compte de différents critères parmi lesquels l'objet et les moyens du recours³⁷³, la fréquence avec laquelle le requérant conteste les actes adoptés par certaines personnes publiques, le caractère manifeste du défaut d'intérêt à agir³⁷⁴ ou la circonstance que le requérant ne pouvait ignorer que son action était de toute évidence vouée au rejet³⁷⁵. Dans le rapport *Labetoulle* de 2013, le recours abusif est ainsi défini comme « *le recours de celui qui, manifestement, dérange inutilement le juge – au regard de la faiblesse de son argumentation ou des enjeux qui sous-tendent le recours, ou encore de la fréquence de ses saisines* »³⁷⁶, cette formulation synthétique confirmant, au demeurant, que le caractère abusif du recours est envisagé indépendamment du point de vue du défendeur ou du bénéficiaire de l'acte contesté.

157. Il est admis que le juge fait un usage modéré de son pouvoir d'infliger une amende, qui est « *visiblement réservé à des cas singuliers* »³⁷⁷ dans lesquels la désinvolture du requérant atteint à un degré trop important l'exigence de bonne administration de la justice. Si le faible nombre d'amendes prononcées peut être le signe d'une tendance générale des requérants à l'intégrité, il peut également manifester la volonté du juge de ne sanctionner que les comportements les plus condamnables au même titre que son embarras face à certains recours qui, sans pouvoir être qualifiés d'abusifs, traduisent une forme d'« *instrumentalisation* »³⁷⁸ de la saisine.

158. Recours abusifs contre les autorisations d'urbanisme. Sans doute en raison des enjeux économiques qui s'y attachent³⁷⁹, le contentieux des autorisations d'urbanisme est fréquemment considéré comme un domaine particulièrement exposé à ce type de pratique. Les groupes de travail constitués à la demande des gouvernements successifs entre 2005 et 2018,

372 CE, 21 octobre 1994, n° 144617, *Comité de défense intercommunal de Maisons-Mesnil-le-Pecq* ; selon la Cour constitutionnelle de Belgique, « la possibilité, même théorique, qu'une décision (...) donnant satisfaction [au requérant] soit prononcée permet au recours d'échapper à la qualification de 'manifestement abusif' » (Cour const. belge, 12 juillet 2012, n° 88/2012, B.22.1).

373 CE, 27 juillet 2012, n° 353596, *SAS Bricorama France*.

374 CE, 10 mai 1995, n° 138707, *Gobillon*.

375 Par ex., CE, 14 octobre 2009, n° 322164, *Kemlin*.

376 Rapport Labetoulle, p. 4.

377 Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, 6^e ed., p. 295 ; dans le même sens, Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 55.

378 V. Hervé CASSARA, Nacima BELKACEM, Christophe POULY, table ronde « L'instrumentalisation de l'intérêt à agir devant les juridictions administratives », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir ; Catherine TEIGEN-COLLY, p. 161.

379 En ce sens, v. Jean-Marc FEVRIER, « Le droit au juge à l'épreuve de l'évolution du contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2019, n° 25, n° 2182.

dans l'objectif d'émettre des propositions visant à renforcer l'efficacité du contentieux de l'urbanisme et améliorer l'équilibre entre le droit au recours et la sécurité juridique, ont toujours partagé ce constat. Ce dernier n'est toutefois pas appuyé par des données statistiques et repose plutôt sur l'opinion exprimée par les acteurs de la construction. Le rapport *Pelletier* de 2005 évoquait ainsi une « *volonté, souvent exprimée, d'éradiquer, dès leur formation, les recours dits abusifs* »³⁸⁰ et, en 2018, le rapport *Maugüé* faisait état d'« *une demande récurrente des acteurs économiques pour empêcher, voire sanctionner les recours qu'ils perçoivent comme revêtant un tel caractère* »³⁸¹. Cette opinion a également été exprimée dans les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi ENL de 2006, à l'occasion desquels plusieurs élus locaux ont indiqué qu'ils avaient pu être confrontés à des recours qu'ils percevaient comme abusifs, en particulier lorsqu'il apparaissait que leurs auteurs avaient recherché ou obtenu un avantage financier en contrepartie de leur désistement³⁸².

159. Dérogation au principe d'irrecevabilité des conclusions reconventionnelles en contentieux de l'excès de pouvoir. Diverses propositions ont été formulées et retenues afin de mieux lutter contre les abus du recours pour excès de pouvoir en matière d'urbanisme, notamment celle issue du rapport *Labetoulle* de 2013 qui consistait à instituer par voie législative une exception à la jurisprudence *Noble*. L'article L. 600-7 du code de l'urbanisme permet ainsi au bénéficiaire du permis contesté de demander au juge de condamner l'auteur du recours à lui verser des dommages et intérêts lorsqu'il a subi un préjudice de ce fait. Le rapport *Maugüé* de 2018 avait estimé que ce dispositif n'avait eu qu'une efficacité « *relative* », identifiant seulement trois jugements ayant fait une application positive de cet article, « *dont un seul pour un montant un peu significatif* »³⁸³. À ce jour et en dépit de l'assouplissement des conditions de sa mise en œuvre résultant de la loi ELAN, l'observation de la jurisprudence des cours administratives d'appel confirme qu'il n'est fait droit que très rarement aux conclusions reconventionnelles présentées sur le fondement de cette disposition.

160. Moralisation du recours à la transaction. Dans le même objectif, l'ordonnance de 2013 a également intégré au code de l'urbanisme l'article L. 600-8, relatif au régime des transactions dans le contentieux des autorisations d'urbanisme. Dans ce domaine « *plus souvent que dans les autres branches du contentieux* »³⁸⁴, le litige prend fin par le désistement

380 Rapport Pelletier, p. 22.

381 Rapport Maugüé, p. 42.

382 JORF, Sénat, séance du 6 avril 2006, p. 3002 et s.

383 Rapport Maugüé, p. 43.

384 Rapport Labetoulle, p. 18.

du requérant, lequel peut intervenir après la conclusion d'une transaction avec le bénéficiaire de l'autorisation, prévoyant une contrepartie financière à l'abandon du recours. Il est compréhensible qu'une telle pratique suscite une certaine méfiance : il est à craindre qu'elle soit l'aboutissement d'une forme de « *chantage financier* »³⁸⁵ exercé par le requérant sur le bénéficiaire de l'autorisation et les débats parlementaires sur la loi ENL témoignent qu'elle est souvent perçue comme une preuve du caractère abusif du recours. Il a cependant été observé que « *dans la majorité des cas, ces transactions non seulement n'ont rien de malhonnête, mais sont un instrument utile permettant de construire et consolider des compromis raisonnables entre des intérêts initialement divergents. Même financière, la contrepartie peut avoir sa légitimité si elle compense la perte de valeur que le projet autorisé fait subir aux biens environnants* »³⁸⁶. Conformément à la proposition du rapport *Labetoulle*, l'ordonnance de 2013 a intégré à l'article L. 600-8 du code de l'urbanisme l'obligation d'enregistrement des transactions auprès de l'administration fiscale, tant pour consacrer cette pratique du désistement monnayé que pour tenter d'en moraliser l'utilisation. L'enregistrement de transactions « *douteuses* » induit ainsi le risque que soient déclenchées « *des investigations qui conduiraient à révéler une escroquerie exposant ses instigateurs à des sanctions pénales* »³⁸⁷. Des interrogations ont cependant pu être exprimées quant à la réalité de l'effet dissuasif de cette obligation, qui apparaît moins contraignante – tant pour les parties que pour le juge – que celle de l'homologation des transactions³⁸⁸.

161. L'efficacité de ces dispositifs directement destinés à combattre un phénomène d'abus du recours pour excès de pouvoir en matière d'urbanisme est difficile à mesurer pour plusieurs raisons, la première d'entre elles étant sans doute, ainsi qu'en conviennent les auteurs des trois rapports rendus entre 2005 et 2018, qu'il demeure complexe d'identifier avec certitude ce qui relève de l'abus du droit d'agir en justice. Si l'existence de recours abusifs³⁸⁹ ou mafieux à l'encontre d'autorisations d'urbanisme correspond sans doute à une réalité³⁹⁰, que confirment

385 Rapport Pelletier, p. 60.

386 Rapport Labetoulle, p. 18.

387 Soazic MARIE, « Recours abusifs et recours « mafieux » : la chasse est ouverte ! », *AJDA* 2013, p. 1909.

388 Fabien HOFFMANN, « Les conclusions reconventionnelles à caractère indemnitaires dans le contentieux de l'urbanisme », *Droit et Ville* 2015, n° 79, p. 54.

389 V. par ex. CE, 5 juillet 2013, n° 354026, *SCI Liberty*.

390 V. la thèse de Déborah BOUSSEMART, *La sécurisation des permis de construire contre les recours abusifs*, Paris, 2015 ; Hervé CASSARA, Nacima BELKACEM, Christophe POULY, « Table ronde – l'instrumentalisation de l'intérêt à agir devant les juridictions administratives », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, *op. cit.*, pp. 161-163 ; voir cependant Paul CASSIA, « La loi ELAN et les recours abusifs contre les permis de construire », Blogs Médiapart, Le blog de Paul Cassia (blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog), 12 juin 2018.

des arrêts de la cour d'appel de Paris et de la chambre criminelle de la Cour de cassation³⁹¹, le phénomène semble « *localisé et largement circonscrit aux opérations d'envergure* »³⁹². La méfiance nourrie par les bénéficiaires d'autorisations d'urbanisme à l'égard des recours peut, dès lors, apparaître comme une réaction à d'autres types de comportements, qui échappent à la critique sur le plan moral ou celui du droit : « *Plus fréquente sans doute mais plus délicate à caractériser, est l'attitude de celui qui, tout en défendant des intérêts légitimes, quoique personnels, et tout en soulevant, le cas échéant, des moyens sérieux, exploite habilement à son profit toutes les armes, fussent-elles détournées de leur vocation première* »³⁹³.

162. Si la volonté des pouvoirs publics de protéger les bénéficiaires des autorisations d'urbanisme face à des abus du droit au recours semble inaltérée, les différents mécanismes institués spécialement dans l'objectif de dissuader et punir les auteurs de tels recours se heurtent invariablement à l'obstacle de leur identification. L'efficacité relative de cette approche a amené le pouvoir normatif à opter pour une technique plus large de stabilisation préventive, visant à resserrer l'accès au prétoire afin d'empêcher les saisines dont il est craint qu'elles pourraient donner lieu à des abus.

B - La lutte contre les recours abusifs au moyen de l'encadrement temporel général de l'intérêt à agir des tiers

163. Appréciation dans le temps de l'intérêt à agir. Selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État, l'intérêt à agir s'apprécie à la date du recours³⁹⁴. Celui-ci devant être exercé dans un délai relativement bref après l'accomplissement des mesures de publicité, l'intérêt invoqué par le requérant présente nécessairement, et en dépit des hypothèses de prorogation, une certaine contemporanéité à l'égard de l'acte administratif qui lui fait grief. Il s'agit souvent d'un intérêt antérieur à l'acte, qui se voit atteint par son intervention. Les règles d'appréciation de l'intérêt à agir permettent également à certains requérants, qui entendent contester un acte administratif sans pouvoir justifier d'un intérêt donnant qualité à agir à la date de son adoption, de s'organiser afin d'obtenir un tel intérêt avant l'expiration du délai de recours.

164. Association. À cette fin, une technique éprouvée consiste à former une association *ad hoc* dont l'objet statutaire est défini de telle sorte qu'elle puisse revendiquer un intérêt à agir à

391 CA Paris, 9 novembre 2012, n° RG 09/13088 ; Cass. Crim., 22 janvier 2014, 12-88.042.

392 Soazic MARIE, « Recours abusifs et recours « mafieux » : la chasse est ouverte ! », *AJDA* 2013, p. 1909.

393 Rapport Labetoulle, p. 4.

394 CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, rec. p. 493.

l'encontre de l'acte considéré. La jurisprudence admet ainsi que des administrés puissent se réunir afin d'agir collectivement pour la défense d'un intérêt qu'ils entendent partager mais dont ils ne seraient pas individuellement dépositaires. Le libéralisme du juge administratif s'étend au point de reconnaître aux associations non déclarées la capacité pour agir en excès de pouvoir : l'arrêt d'assemblée *Syndicat de défense des canaux de la Durance* de 1969 juge en ce sens que « l'absence de la déclaration ne fait pas obstacle à ce que, par la voie du recours pour excès de pouvoir, toutes les associations légalement constituées aient qualité pour contester la légalité des actes administratifs faisant grief aux intérêts qu'elles ont pour mission de défendre »³⁹⁵. Dans le contentieux de l'urbanisme, ces principes ont parfois été employés par certains requérants afin de se constituer un intérêt donnant qualité à agir à l'encontre d'un permis de construire en acquérant ou en prenant à bail un bien situé à un degré de proximité suffisant du terrain d'assiette du projet, postérieurement à l'affichage en mairie de la demande de permis ou sa délivrance³⁹⁶.

165. Exigence d'antériorité. Ces pratiques, permettant à des personnes physiques ou morales souhaitant contester une autorisation individuelle d'urbanisme d'acquérir un intérêt à agir qui leur faisait défaut à la date de son édicition, ont été dénoncées comme susceptibles de favoriser les recours abusifs. Aussi, alors que le rapport *Pelletier* de 2005 n'avait formulé aucune proposition en ce sens, la loi ENL de 2006 a intégré au code de l'urbanisme l'article L. 600-1-1, dont il résulte qu'une association n'est recevable³⁹⁷ à agir contre une autorisation

395 CE, ass., 31 octobre 1969, n° 61310, *Syndicat de défense des canaux de la Durance*.

396 CE, 29 novembre 1999, n° 182214, *Epoux Boulanger* ; V. également les conclusions de Maud VIALETTES sur CE, 5 juillet 2013, *SCI Liberty*, n° 354026, *BJDU* 2013, n° 5.

397 Bien que le texte fasse référence à la notion générale de *recevabilité*, plusieurs éléments indiquent qu'il concerne bien la date d'appréciation de l'intérêt à agir. D'une part, la même loi « ENL » dont il résulte a modifié dans un sens similaire l'article L. 142-2 du code de l'environnement pour préciser que « toute association de protection de l'environnement agréée au titre de l'article L. 141-1 justifie d'un intérêt pour agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec son objet et ses activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elle bénéficie de l'agrément dès lors que cette décision est intervenue après la date de son agrément » (nous soulignons). D'autre part, l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme qui, comme le présente le rapport Labetoulle, codifie les conditions d'appréciation de l'intérêt à agir se borne lui aussi à évoquer la seule notion de recevabilité. Le dispositif de l'article L. 600-1-1 est néanmoins envisagé par le commentaire autorisé de la décision QPC *Association Vivraviry* (cf. infra) comme un « frein à une jurisprudence administrative particulièrement libérale quant à l'appréciation de la capacité des associations à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir », tout en reconnaissant la proximité de la question de la capacité et de l'intérêt à agir. Si certains auteurs (v. par ex. Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, *Jcp A* 2017, n° 43-44, 2266) considèrent également que ces dispositions limitent plutôt la reconnaissance de la capacité pour agir des associations, une telle conception présente l'inconvénient d'induire une forme de relativisation de la capacité à agir en excès de pouvoir des associations non déclarées : alors que la jurisprudence administrative classique admet leur capacité à agir en l'absence de déclaration, cette circonstance ferait spécifiquement obstacle à la reconnaissance de leur capacité à agir contre certains actes tels que les permis de construire.

d'urbanisme qu'à la condition que ses statuts aient été déposés en préfecture antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire³⁹⁸.

166. Cette disposition, issue d'un amendement sénatorial initialement conçu comme un simple amendement d'appel, avait recueilli un avis défavorable du gouvernement, lequel avait à cette occasion affirmé son souci du respect du droit au recours des citoyens et des associations. Après son retrait, l'amendement fut cependant repris par le sénateur Alain Vasselle. Sous réserve de quelques prises de paroles insistant sur le rôle des recours des associations dans la protection de l'environnement et dans le respect des procédures de concertation³⁹⁹, le débat auquel cet amendement a donné lieu témoigne très nettement de la méfiance de certains parlementaires et élus locaux à l'égard des associations *ad hoc* dans le contentieux des autorisations d'urbanisme⁴⁰⁰, cette technique étant généralement décrite comme un abus du droit d'association.

167. Ce dispositif a fait l'objet de critiques doctrinales, qui ont regretté que le législateur renonce à la solution instituée par la jurisprudence traditionnelle du juge administratif⁴⁰¹. Lorsque le Conseil d'État a été amené à préciser le régime transitoire de ces dispositions, il a reconnu, par son arrêt de section *Association des amis des paysages bourgogniauds* du 11 juillet 2008⁴⁰², qu'elles affectaient la substance du droit au recours. Les différents juges qui ont examiné l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme au regard du droit fondamental au recours ont cependant rejeté les griefs qui avaient pu être formulés à son encontre sur le fondement du droit à un recours effectif. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a notamment considéré que ces dispositions, « *instituées dans un souci de sécurité juridique (...) afin d'éviter les recours abusifs présentés par des associations spécialement créées pour faire obstacle à un projet* », ne lui portaient pas d'atteinte incompatible avec les articles 6 § 1 et 11 § 1 de la CESDH⁴⁰³. Saisi en 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'encontre de ce dispositif, le Conseil constitutionnel a relevé de la même manière

398 CE, 29 mars 2017, n° 395419, *Association « Garches est à vous »*, *AJDA* 2017, p. 712 ; *RDI* 2017, p. 363, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX.

399 V. les interventions de M. Jean-Pierre CAFFET (JORF, Sénat, séance du 6 avril 2006, p. 3003) et M. Roger MADEC (p. 3004).

400 V. par ex. les interventions de M. Alain VASSELLE (p. 3002), M. Thierry REPENTIN (p. 3002) et M. Gérard CORNU (p. 3004).

401 V. Fernand BOUYSSOU, « La sécurisation des autorisations d'urbanisme – Du terrorisme contentieux à l'absolution automatique ? », *AJDA* 2006, p. 1268 ; François BENCHENDIKH, « L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme : une « modernisation » contestable », *AJDA* 2009, p. 1588.

402 CE, 11 juillet 2008, n° 313386, *Association des amis des paysages bourgogniauds*.

403 CAA Bordeaux, 3 février 2009, n° 08BX00890, *Association de défense de l'environnement Vent de la Gartempe*.

dans sa décision *Association Vivraviry* que le législateur « a entendu limiter le risque d'insécurité juridique » en empêchant les associations « qui se créent aux seules fins de s'opposer aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols, de contester celles-ci »⁴⁰⁴. Il a estimé qu'il ne portait pas d'atteinte substantielle au droit au recours garanti sur le fondement de l'article 16 de la DDHC⁴⁰⁵ en privant les seules associations « dont les statuts sont déposés après l'affichage en mairie d'une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser les sols, de la possibilité d'exercer un recours contre la décision prise à la suite de cette demande ». En jugeant l'article L. 600-1-1 conforme au droit au recours, le Conseil constitutionnel a finalement entériné l'idée selon laquelle les associations *ad hoc* seraient à l'origine de recours abusifs en matière d'urbanisme. Un témoignage très net de cette suspicion peut être trouvé dans le commentaire autorisé de cette décision, qui souligne par une formule adroite que « la protection constitutionnelle du droit au recours protège le droit d'agir pour celui qui existe, non le droit d'exister pour agir ».

168. Le « brevet de constitutionnalité »⁴⁰⁶ conféré aux dispositions de l'article L. 600-1-1 a indiscutablement encouragé le législateur à poursuivre cette logique de restriction de la recevabilité des recours par différents procédés.

169. En premier lieu, alors que la version initiale de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme prévoyait simplement que le dépôt des statuts soit intervenu avant l'affichage en mairie de la demande de permis, sa nouvelle rédaction issue d'un amendement sénatorial au projet de la ELAN⁴⁰⁷, adoptée le 23 novembre 2018, exige désormais que cette formalité ait été accomplie « au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire »⁴⁰⁸. Le renforcement de cette condition paraît dès lors faire radicalement

404 CC, 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, *Association Vivraviry* [Recours des associations].

405 Karine FOUCHER, « Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cah. GRIDAUH* 2018, n° 32, pp. 104-105.

406 Fabrice MELLERAY, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif – Le « moment 1900 » et ses suites », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Colloque 2014 Association des juristes de contentieux public, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, p. 15 (également *AJDA* 2014, p. 1530).

407 Amendement n° COM-229 au projet de loi Evolution du logement, de l'aménagement et du numérique, présenté par M. Marc-Philippe Daubresse au nom de la commission des lois le 27 juin 2018. Le compte-rendu des discussions de la commission des lois portant sur la modification de l'article L. 600-1-1 illustre très nettement la méfiance des élus locaux à l'égard des associations créées à des fins contentieuses : à l'exception de M. Jean-Louis Masson, l'ensemble des intervenants font part de leur expérience pour considérer que leur action présenterait un caractère intéressé voire abusif (v. compte-rendu de la séance de la commission des lois tenue le 26 juin 2018, à propos de l'examen de l'article 24 du projet de loi ELAN).

408 Jean-Marc PETIT, « Loi ELAN du 23 novembre 2018 : le nouvel équilibre entre le droit au recours effectif et le développement de la construction », *D.* 2018, p. 2322. L'article R. 600-4 du code de l'urbanisme précise cette règle en indiquant que les requêtes introduites par une association contre des décisions postérieures au 1^{er} octobre « doivent, à peine d'irrecevabilité, être accompagnées des statuts de celle-ci, ainsi que du récépissé attestant de sa déclaration en préfecture ».

obstacle à la constitution d'une association *ad hoc* en vue de la contestation d'un projet déterminé, et incite les requérants à agir en leur nom propre, ce qui les expose plus directement aux possibilités de mise en œuvre des articles L. 600-7 du code de l'urbanisme ou R. 741-12 du CJA⁴⁰⁹. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État au mois de janvier 2022⁴¹⁰, le Conseil constitutionnel n'a pas remis en cause l'interprétation qu'il avait retenue dix ans auparavant dans la décision *Association Vivraviry*. En relevant que le législateur a entendu « limiter les risques particuliers d'incertitude juridique » et « prévenir les recours abusifs et dilatoires »⁴¹¹, il admet à nouveau que les associations *ad hoc* sont susceptibles d'être employées à ces fins. S'il reconnaît que le dispositif de l'article L. 600-1-1 emporte une restriction du droit au recours des associations, il en restreint la portée en soulignant qu'elle ne concerne que celles « dont les statuts sont déposés moins d'un an avant l'affichage de la demande du pétitionnaire », et qu'elle est « limitée aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols ». Parallèlement à un mouvement jurisprudentiel qui favorise la constitution de l'intérêt à agir des associations contre des mesures de police locales⁴¹², cette évolution législative renforce ainsi la particularité donnée à l'équilibre entre la sécurité juridique et le droit au recours des associations dans le domaine de l'urbanisme.

170. En second lieu, les dispositions de l'article L. 600-1-1 ont clairement inspiré celles de l'article L. 600-1-3 du code de l'urbanisme⁴¹³, créé par l'ordonnance du 18 juillet 2013, d'après lequel sauf circonstances particulières qu'il incombe au requérant d'établir, son intérêt à agir est apprécié à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire. Issu d'une proposition du rapport *Labetoulle*, ce texte poursuit l'objectif de garantir les bénéficiaires des autorisations contre les recours qualifiés de « malveillants », exercés par « certains requérants » qui « se constituent artificiellement un intérêt pour agir en se portant acquéreurs ou locataires d'immeubles se situant dans le voisinage de la construction projetée »⁴¹⁴. Ce texte implique dès lors une mise à l'écart généralisée, dans le contentieux de l'urbanisme, du principe jurisprudentiel d'après lequel l'intérêt s'apprécie à la date

409 En ce sens, v. Rémi RADIGUET, « Restrictions des droits d'accès au juge par la procédure administrative contentieuse en droit de l'urbanisme », *Jcp A* 2019, n° 25, ét. 2183.

410 CE, 31 janvier 2022, n° 455122, *Association La Sphinx*.

411 CC, 1^{er} avril 2022, n° 2022-986 QPC, *Association La Sphinx*, [Recours des associations contre les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation des sols], *AJDA* 2022, p. 722.

412 Fabien TESSON, « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif – vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *DA* 2017, n° 12, étude 17.

413 Daniel LABETOULLE, *id.*

414 Rapport Labetoulle, p. 8.

d'introduction du recours pour excès de pouvoir⁴¹⁵, afin d'empêcher « *la mise en place a posteriori d'une capacité d'action contentieuse* » et de « *rendre plus objectif l'exercice d'un recours contre une autorisation* »⁴¹⁶. Dans son avis *SCI Mounou* de 2014⁴¹⁷, le Conseil d'État a reproduit le raisonnement suivi dans l'arrêt *Association des amis des paysages bourgnauds* pour estimer que ces dispositions affectaient la substance du droit au recours et devaient, dès lors, s'appliquer aux seuls recours formés après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2013.

171. Contrairement à l'article L. 600-1-1, le texte de l'article L. 600-1-3 envisage l'hypothèse de « circonstances particulières » qui pourraient justifier la recevabilité du recours d'un requérant qui « *bien qu'installé postérieurement à la publicité de la demande de permis (...) défend un intérêt légitime* » dès lors que « *l'installation n'a pas eu pour objet de permettre l'introduction du recours* »⁴¹⁸. Cette réserve, qui vise à concilier l'objectif de lutte contre les recours abusifs et la protection de l'exercice légitime du droit au recours, assouplit quelque peu le régime procédural applicable aux personnes physiques et aux personnes morales qui ne sont pas des associations. Il n'en demeure pas moins que les articles L. 600-1-1 et L. 600-1-3 limitent considérablement les hypothèses dans lesquelles des tiers pourront justifier d'un intérêt donnant qualité à agir à l'encontre d'un permis de construire.

172. Le caractère objectif de ces irrecevabilités en fait des mécanismes très efficaces de stabilisation préventive des autorisations d'urbanisme. Leur combinaison conduit ainsi à exclure la recevabilité de la majorité des recours formés par des requérants dont l'intérêt ne pourrait pas être établi avant la date d'affichage en mairie de la demande de permis de construire. Il peut être regretté, sous la réserve des circonstances particulières envisagées par l'article L. 600-1-3, qu'ils s'appliquent indistinctement à des recours formés par des requérants mal intentionnés ou de bonne foi. Il est probable que le droit au recours aurait été mieux préservé par d'autres modalités. Il semble notamment que l'exigence que l'intérêt à agir présente un caractère légitime aurait pu être employée afin que le juge déclare irrecevables les recours abusifs sans fermer le prétoire aux requérants dont l'action est

415 CE, 6 octobre 1965, n° 61217, *Marcy* ; CE, 30 décembre 2002, n° 249860, *Société Cottage Wood*.

416 Jérôme TREMEAU, « La régulation de l'accès au prétoire : la redéfinition de l'intérêt à agir », *AJDA* 2013, p. 1901.

417 CE, avis, 18 juin 2014, n° 376113, *SCI Mounou*.

418 Élise CARPENTIER, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDP* 2015, p. 605.

motivée par des intérêts honnêtes⁴¹⁹. De même, il peut être considéré qu'une restriction générale du droit au recours des associations aussi drastique que celle qui résulte de l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme aurait pu être évitée par l'application, aux cas d'abus avérés, des dispositifs des articles L. 600-7 du même code ainsi que de l'article R. 741-12 du CJA. Il est en effet à craindre que cette disposition écarte durablement les associations du prétoire du juge de la légalité des autorisations d'urbanisme et affaiblisse l'efficacité de leur contrôle en faisant peser cette charge sur les seules personnes physiques.

173. Il faut toutefois reconnaître que les dispositifs des articles L. 600-1-1 et L. 600-1-3 présentent l'avantage d'une certaine simplicité procédurale, et confèrent une prévisibilité rassurante au bénéficiaire de l'autorisation contestée qui pourra plus aisément se convaincre de l'irrecevabilité de la requête. À ce titre, ces dispositions manifestent clairement le choix des pouvoirs publics de faire prévaloir la stabilité des situations juridiques sur le droit au recours. Ce dernier, envisagé plus étroitement que dans le contentieux administratif de droit commun, paraît pouvoir être réduit au point de priver de manière générale certains justiciables de la possibilité d'exercer le recours pour excès de pouvoir. Instituées au nom de la lutte contre les abus commis par une fraction d'entre eux, elles traduisent par ailleurs une forme de suspicion des autorités normatives et du juge administratif à l'égard des requérants, dont le bien-fondé n'est cependant toujours pas établi avec certitude⁴²⁰.

419 Il est vrai que la jurisprudence classique sur la légitimité de l'intérêt à agir paraît surtout envisager ce critère comme une condition de licéité de la situation juridique du requérant, dont le recours ne peut avoir pour objet d'assurer la sauvegarde d'une situation irrégulière. Le critère de légitimité n'est, en revanche, pas véritablement observé à travers le prisme des buts que le requérant poursuit par sa requête, le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir paraissant s'opposer à une pareille analyse. Dans ses conclusions sur l'arrêt CE, sect, 27 février 1985, *SA Grands travaux et constructions immobilières*, le commissaire du gouvernement Stirn estimait ainsi que « l'intérêt à former un recours pour excès de pouvoir doit s'apprécier au regard surtout de considérations de fait, sans que la situation du requérant en matière de droit privé ait une influence particulière » (RFDA 1985 p. 432). Dès lors que les pouvoirs publics ont admis que le contentieux des autorisations d'urbanisme était plus exposé que d'autres à des recours à caractère abusif, il semble toutefois qu'il aurait pu être envisagé de prévoir, par voie législative, que la requête puisse être déclarée irrecevable s'il devait apparaître que ses buts étaient illégitimes voire abusifs. Sans doute la mise en œuvre d'un dispositif de ce type se heurterait-elle à certaines difficultés pratiques ou sur le plan du respect du droit au recours. Il est toutefois permis de croire qu'un tel examen est à la portée du juge administratif : celui-ci n'ignore pas les circonstances de la création d'une association (par ex. CE, 13 octobre 2016, n° 402318, *Association des contribuables repentis*) et il semble pouvoir reconnaître les hypothèses dans lesquelles l'installation d'un requérant dans le voisinage d'un projet de construction s'inscrit uniquement dans l'objectif de constituer un intérêt à agir artificiel (par ex. CE, 5 juillet 2013, n° 354026, *SCI Liberty*). En outre, l'appréciation au cas par cas qu'elle implique serait sans doute moins restrictive que ne l'est le régime objectif actuellement défini par le code de l'urbanisme. Enfin, il peut être relevé que certaines juridictions, comme la Cour EDH, connaissent déjà un mécanisme permettant de rejeter comme irrecevable une requête jugée abusive.

420 Jean-Marc FEVRIER, « Le droit au juge à l'épreuve de l'évolution du contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2019, n° 25, n° 2182 ; Hubert DELESALLE, « La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme », *RDP* 2019, n° 6, p. 1759 ; Benjamin HACHEM, « Lettre ouverte à ceux qui souhaitent (encore) restreindre le droit au recours en matière d'urbanisme », *Jcp A* 2018, n° 24, 2185.

174. La spécificité de l'appréciation de l'intérêt à agir dans le contentieux des autorisations d'urbanisme est également marquée par un encadrement substantiel original, qui poursuit de manière plus large le même objectif de sécurisation.

§ 2 - Le resserrement de l'intérêt à agir comme technique générale de protection des autorisations d'urbanisme contre les recours des tiers

175. Dans la lignée des dispositions relatives à l'appréciation temporelle de l'intérêt à agir, l'ordonnance de 2013 a intégré au code de l'urbanisme une autre règle agissant sur cette condition de recevabilité afin d'augmenter la sécurité juridique des autorisations d'urbanisme : l'article L. 600-1-2 est ainsi venu codifier, de manière « *inhabituelle* »⁴²¹ en contentieux de l'excès de pouvoir, les conditions de reconnaissance de l'intérêt à agir des tiers. Alors que les articles L. 600-1-1 et L. 600-1-3 du code poursuivaient l'objectif affiché de faire obstacle à des recours dont il est craint qu'ils se prêtent à des abus ou à une instrumentalisation du recours, cette disposition vise à limiter d'une manière générale l'exposition contentieuse des autorisations d'urbanisme (A). Sa mise en œuvre s'est traduite par un renforcement procédural de la condition de l'intérêt à agir (B).

A - La consécration législative d'une définition de l'intérêt à agir comme mécanisme de restriction générale de la recevabilité des recours des tiers

176. La jurisprudence administrative traditionnelle relative à l'intérêt pour agir dans le contentieux des permis de construire reposait sur une appréciation au cas par cas combinant le critère objectif de la qualité de voisin⁴²² du terrain d'assiette du projet à une analyse des caractéristiques et de l'importance de la construction autorisée⁴²³. Elle pouvait impliquer une reconnaissance quasi-automatique de l'intérêt des voisins les plus proches de la construction⁴²⁴, la satisfaction manifeste du critère de la proximité permettant parfois de compenser l'importance éventuellement moindre des caractéristiques du projet⁴²⁵.

177. **Définition légale de l'intérêt pour agir.** Afin de répondre aux préoccupations exprimées à propos de la vulnérabilité contentieuse des permis de construire, le groupe de travail présidé par M. Labetoulle avait suggéré que soit inscrite dans la loi une « *définition* »

421 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Contentieux de l'urbanisme : poursuite de la construction », *AJDA* 2016, p. 950.

422 CE, 8 avril 1987, n° 50755, *Fourel*.

423 Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, « L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme – entre innovations et particularismes », *Jcp A* 2017, n° 43-44, 2266.

424 CE, 27 février 2006, n° 284349, *SCI La Tilleulière*.

425 Par ex., CE, 25 novembre 1998, n° 162926, *Mme Chèze et commune de Bièvres*, admettant la recevabilité du recours d'un voisin immédiat à l'encontre d'un permis autorisant des travaux d'aménagement interne d'une construction existante.

de l'intérêt à agir « *allant au-delà du caractère direct et certain exigé dans le droit commun par la jurisprudence* »⁴²⁶. L'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme, institué par l'ordonnance de 2013 et précisé par la loi ELAN de 2018, a donné corps à cette proposition en prévoyant qu'« *une personne autre que l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation du sol régie par le présent code que si la construction, l'aménagement ou le projet autorisé sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation* »⁴²⁷. Ces dispositions paraissaient ainsi procéder à une codification de la jurisprudence existante, dans l'objectif d'adresser aux juridictions administratives un « *signal les invitant à retenir une approche un peu plus restrictive de l'intérêt pour agir* »⁴²⁸. Une telle orientation pouvait également être suggérée par la condition de l'*affectation directe*⁴²⁹, ainsi que l'absence de référence aux « *concepts objectifs de voisinage et de proximité* »⁴³⁰.

178. Conformité au droit au recours. La perspective d'une restriction de l'accès au juge a généré des interrogations sur la conformité de ces dispositions au droit fondamental à un recours effectif et au droit d'accès au juge qui en découle. Saisi d'une demande relative à l'application temporelle de certaines dispositions de l'ordonnance de 2013, le Conseil d'État a estimé, dans son avis *SCI Mounou* du 18 juin 2014⁴³¹, que les dispositions de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme affectaient la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir. Leur application immédiate aux instances en cours apparaissant susceptible de rendre irrecevables certaines requêtes présentées par des justiciables ayant pu établir leur intérêt à agir conformément aux règles jurisprudentielles antérieures, la préservation du droit d'accès au juge imposait qu'elles ne soient appliquées qu'aux recours exercés contre les décisions intervenues après leur entrée en vigueur. Si cet avis révèle que le juge administratif

426 Rapport Labetoulle p. 7.

427 La rédaction antérieure à 2018 faisait référence à un trouble lié à « *la construction, l'aménagement ou les travaux* », tandis que la version actuelle évoque « *la construction, l'aménagement ou le projet* », de telle sorte que l'invocation des nuisances liées aux travaux eux-mêmes paraît exclue. En ce qui concerne le champ d'application de cet article, la rédaction antérieure désignait les seuls « *permis de construire, de démolir ou d'aménager* », alors que la version actuelle a un champ d'application étendu à toute « *décision relative à l'occupation ou à l'utilisation du sol* » régie par le code de l'urbanisme ».

428 Rapport Labetoulle, p. 7.

429 Elise CARPENTIER, *id.* ; Elise LANGELIER, *id.*

430 Pierre SOLER-COUTEAUX, Elise CARPENTIER, *id.*, p. 493.

431 CE, avis, 18 juin 2014, n° 376113, *SCI Mounou*.

avait mesuré le potentiel de restriction de l'ouverture du prétoire de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme, il a cependant rejeté quelques jours plus tard comme dépourvue de caractère sérieux une question prioritaire de constitutionnalité qui avait tenté de le remettre en cause sur le fondement de l'article 16 de la DDHC. Dans sa décision *Society of architects and developers* du 27 juin 2014⁴³², il a ainsi relevé que « *les dispositions contestées de l'article L. 600-1-2, définissant les conditions de recevabilité auxquelles sont soumis les recours dirigés contre les permis de construire, de démolir ou d'aménager, poursuivent un objectif d'intérêt général, consistant à prévenir le risque d'insécurité juridique auquel ces actes sont exposés ainsi que les contestations abusives* », avant de conclure, « *eu égard au champ d'application de ces dispositions, à la portée des décisions en cause et aux critères de recevabilité retenus* », qu'il n'y avait pas lieu de transmettre la question soulevée au Conseil constitutionnel⁴³³.

179. Prévalence de la sécurité juridique. La motivation de cette dernière décision, qui associe l'objectif général de lutter contre l'insécurité juridique des permis de construire et l'objectif plus spécifique de la prévention des recours abusifs⁴³⁴, révèle finalement que les recours des tiers sont, dans leur globalité, perçus comme une menace pour la sécurité juridique. Elle renvoie ainsi aux considérations notamment exprimées dans les rapports *Pelletier* et *Labetoulle*, qui soulignaient tous deux que l'exercice d'un recours, abusif ou de bonne foi, freine l'opération immobilière et l'activité économique⁴³⁵. En cherchant de la sorte à stabiliser les autorisations d'urbanisme par la prévention des contestations, le juge et le législateur donnent incontestablement la « *priorité* »⁴³⁶ au principe de sécurité juridique sur le droit au recours des tiers dans le contentieux de l'urbanisme et altèrent de manière significative l'équilibre traditionnellement réalisé entre ces exigences dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

180. L'influence de l'article L. 600-1-2 sur le degré d'ouverture du prétoire n'a pu être précisée par le juge que lorsqu'il s'est trouvé saisi de recours formés contre des permis délivrés après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2013⁴³⁷.

432 CE, 27 juin 2014, n° 380645, *Society of architects and developers*.

433 Karine FOUCHER, « Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cah. GRIDAUH* 2018, n° 32, p 105.

434 Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, « L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme – entre innovations et particularismes », *Jcp A* 2017, n° 43-44, 2266.

435 V. Rapport Pelletier, p. 58 ; rapport Labetoulle, p. 4.

436 Aurore CATHERINE, « Les conséquences de la redéfinition restrictive de l'intérêt à agir en matière d'urbanisme », *Construction-Urbanisme*, 2016, n° 9, étude 11.

437 V. pour une application de la jurisprudence antérieure : CAA Lyon 17 février 2015, n° 13LY03373.

B - Le renforcement procédural de la condition de l'intérêt à agir des tiers par la mise en œuvre jurisprudentielle de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme

181. Renforcement du débat contradictoire sur l'intérêt à agir. L'arrêt *Brodelle et Gino* de 2015⁴³⁸ a permis au Conseil d'État de livrer le « *mode d'emploi* »⁴³⁹ de ces dispositions, en indiquant à la fois le rôle des parties et celui du juge. Il appartient ainsi au requérant de préciser l'atteinte qu'il invoque pour justifier d'un intérêt lui donnant qualité à agir, en faisant état d'éléments précis de nature à établir que cette atteinte est susceptible d'affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de son bien, et au défendeur de produire le cas échéant tous éléments de nature à établir que les atteintes alléguées sont dépourvues de réalité. Le juge doit alors « *former sa conviction sur la recevabilité de la requête au vu des éléments ainsi versés au dossier par les parties, en écartant le cas échéant les allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées mais sans pour autant exiger de l'auteur du recours qu'il apporte la preuve du caractère certain des atteintes qu'il invoque au soutien de la recevabilité de celui-ci* ». En exigeant du requérant qu'il produise « *dès l'introduction de sa requête, au soutien de celle-ci, le maximum d'éléments probants lui permettant de justifier de son intérêt pour agir* »⁴⁴⁰ et en fondant son appréciation sur les éléments débattus par les parties, le juge a choisi d'abandonner le « *raisonnement par présomption* »⁴⁴¹ qui permettait de déduire la recevabilité de la seule qualité de voisin immédiat.

182. Situation du voisin immédiat. L'arrêt *Bartolomei*⁴⁴² est venu envisager avec plus de souplesse la recevabilité du recours du voisin immédiat. Selon cet arrêt, « *eu égard à sa situation particulière, le voisin immédiat justifie, en principe, d'un intérêt à agir lorsqu'il fait état devant le juge, qui statue au vu de l'ensemble des pièces du dossier, d'éléments relatifs à la nature, à l'importance ou à la localisation du projet de construction* ». Si la qualité de voisin immédiat « *facilite la démonstration de la recevabilité du recours* », elle « *ne constitue en rien une présomption à elle seule* »⁴⁴³ dès lors qu'il appartient toujours au requérant de

438 CE, 10 juin 2015, n° 386121, *Brodelle et Gino*, RFDA 2015, p. 993, concl. Alexandre LALLET ; RDI 2015, p. 434, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX ; Jcp A 2015, n° 25, act. 547, Fabien TESSON.

439 Pierre SOLER-COUTEAUX, *id.*

440 Xavier COUTON, « Intérêt à agir : quand la qualité de voisin ne suffit pas », *Construction – Urbanisme* 2018, n° 10, comm. 139 sur CAA Douai, 27 août 2018, n° 16DA01870, *Cne d'Ory-la-Ville*.

441 *Id.*

442 CE, 13 avril 2016, n° 389798, *Bartolomei*, Jcp A 2016, n° 19, 2217, David TASCİYAN.

443 Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, *id.*

préciser un certain nombre d'éléments qui « *seront normalement suffisants pour établir l'intérêt pour agir* »⁴⁴⁴.

183. Cette grille de lecture a ainsi amené le juge administratif à suivre une approche *in concreto* de l'intérêt à agir, plus pragmatique et inévitablement plus restrictive que celle qu'il suivait antérieurement : « *C'est le caractère direct de l'intérêt qui est ici renouvelé. Là où un permis de construire pouvait être attaqué exclusivement par les voisins géographiquement les plus proches de la future construction, la réforme et la jurisprudence permettent d'opérer une appréciation plus casuistique du caractère direct de l'intérêt conduisant à supprimer l'automatisme attachée à cette condition* »⁴⁴⁵. L'arrêt *Brodelle et Gino* témoignait déjà de cette orientation vers une analyse plus circonstanciée, en estimant que la visibilité de l'implantation d'une station de conversion électrique à 700 mètres des habitations des requérants n'était pas de nature à affecter directement les conditions de jouissance de leur bien, contrairement toutefois aux nuisances sonores que l'installation était susceptible de causer. Il a également été jugé, dans cette ligne, que les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de plusieurs parcelles à usage agricole et non constructibles n'étaient pas susceptibles d'être affectées par l'édification, à proximité, d'une maison d'habitation, alors que le constat de cette proximité « *aurait pu à lui seul suffire à sceller la reconnaissance de l'intérêt pour agir dans l'ancien état du droit* »⁴⁴⁶. La même logique justifie par ailleurs que l'intérêt à agir contre un permis modificatif soit apprécié « *au regard de la portée des seules modifications apportées par le permis modificatif au projet de construction initialement autorisé* »⁴⁴⁷ lorsque celui-ci n'a pas été contesté.

184. Possibilité de rejet par ordonnance. Dans un arrêt *Peyret* de 2016⁴⁴⁸, le Conseil d'État a par ailleurs manifesté sa volonté d'assurer rigoureusement la mise en œuvre de cette lecture de l'article L. 600-1-2 en précisant que, faute pour le requérant de produire les éléments ainsi exigés et nonobstant l'évidence de l'atteinte dont il pourrait se plaindre, sa requête pourrait être rejetée par ordonnance sur le fondement de l'article R. 222-1 du CJA. Rendue aux conclusions contraires du rapporteur public, cette décision sévère à l'égard de requérants peu diligents mais dont la parcelle était mitoyenne du projet qu'ils contestaient a

444 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.* ; par ex., v. CE, 27 juillet 2016, n° 396840 et n° 391129, *Construction-Urbanisme* 2016, n° 9, comm. 118 Patrice CORNILLE.

445 Aurore CATHERINE, *id.*

446 Antoine DURUP DE BALEINE, note sur CAA Nantes, 24 juillet 2015, n° 14NT02367, *Commune de l'Île de Batz*, *AJDA* 2015, p. 2095.

447 Rémi DECOUT-PAOLINI, note sur CE, 17 mars 2017, n° 396362, *M. et Mme Malsoute*, *RDI* 2017, p. 248.

448 CE, 10 février 2016, n° 387507, *Peyret et autres*, *AJDA* 2016, p. 971, concl. Aurélie BRETONNEAU.

été nuancée par le rappel⁴⁴⁹ de l'obligation pour le juge d'inviter le requérant à régulariser sa requête⁴⁵⁰.

185. Bilan. Les précisions apportées par la jurisprudence permettent aujourd'hui de mesurer l'influence de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme sur les modalités d'appréciation de l'intérêt à agir. Comme le prévoyaient plusieurs observateurs, cette disposition a indéniablement incité le juge à se montrer moins libéral, à la fois par des exigences plus fortes mises à la charge du requérant et par une analyse plus fine et concrète de l'atteinte dont il se prévaut pour justifier son action⁴⁵¹. Si elle peut se montrer moins accueillante, l'approche du juge n'a cependant pas fondamentalement évolué⁴⁵², en dehors de la renonciation à une méthode objectiviste d'appréciation de l'intérêt fondée sur l'examen de la qualité invoquée par le requérant, au profit d'une analyse casuistique de l'intérêt à agir conforme à la nature subjective de cette condition de recevabilité⁴⁵³. Sans priver le recours pour excès de pouvoir de son caractère traditionnellement objectif et de sa finalité protectrice de la légalité⁴⁵⁴, il n'en demeure pas moins que l'accent mis sur l'examen de la situation du requérant renforce la part de subjectivité inhérente à la condition de l'intérêt à agir⁴⁵⁵, dans un contentieux lui-même teinté de subjectivité par sa structure triangulaire.

186. Cette impression de subjectivisation du contentieux de l'urbanisme, où le recours pour excès de pouvoir serait mis au service de la défense d'intérêts proches de droits subjectifs, est d'ailleurs soulignée par la tendance du juge à qualifier explicitement de « parties » le requérant et le bénéficiaire du permis litigieux, ce qui contribue à troubler la frontière entre ce contentieux de l'excès de pouvoir et les recours de pleine juridiction où la subjectivité est assumée⁴⁵⁶. Son franchissement ne serait pas surprenant : *« peut-on vraiment considérer le contentieux des permis de construire comme un contentieux de la légalité « classique », ayant pour objet le respect, par l'administration, de la règle de droit alors qu'il s'agit, plus souvent,*

449 V. par ex., en contentieux de l'urbanisme : CE, 31 décembre 2018, n° 413123 M. Paris ; CE, 18 mai 2018, n° 409638, Mme Musso ; CE, 8 juin 2016, n° 395054, Mme Brunel.

450 CE, 14 octobre 2021, n° 441415, M. Perinet.

451 Christine MAUGÛE, Cécile BARROIS DE SARIGNY, « 2018 : une nouvelle étape de la spécificité du contentieux de l'urbanisme », *RFDA* 2019, p. 33.

452 Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, *id.* ; Francis POLIZZI, « Va-t-on vers une restriction de l'intérêt à agir des voisins contre les autorisations d'urbanisme ? », *Jcp A* 2019, 2167. Cet auteur établit une liste conséquente de décisions non publiées dans lesquelles l'intérêt à agir des voisins est reconnu au regard de critères classiques.

453 David BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n° 24, p. 6.

454 Benoît PLESSIX, *op. cit.*, p. 1407 ; Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, *id.*

455 Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

456 Aurore CATHERINE, « Les conséquences de la redéfinition restrictive de l'intérêt à agir en matière d'urbanisme », *Construction-Urbanisme*, 2016, n° 9, étude 11.

*d'un contentieux par lequel le requérant cherche à défendre sa propre situation ? »⁴⁵⁷. Cette option, notamment envisagée sous les traits d'une adaptation de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* au contentieux des permis de construire, a toutefois encore été écartée par le rapport Maugué : « *cela ne correspond pas à la logique profonde de ce contentieux, car au-delà des inconvénients pour les voisins, les constructions façonnent le paysage urbain et ont un degré de permanence qui font que ce contentieux va bien au-delà d'un simple rapport de droits privés. Résumer la contestation des autorisations de construire à un simple enjeu de visibilité ou de perte d'ensoleillement pour les voisins en méconnaît la réalité* »⁴⁵⁸.*

187. Le resserrement de l'intérêt à agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir des autorisations d'urbanisme est envisagé par le rapport *Maugüé* comme un instrument au service d'un objectif de réduction des délais de jugement⁴⁵⁹. Le rejet pour irrecevabilité des requêtes dont l'auteur ne justifie pas d'un intérêt à agir se présente indéniablement comme une technique d'accélération du traitement des dossiers soumis au juge, en particulier dès lors qu'il peut intervenir par ordonnance avant que le débat contradictoire soit noué.

188. La restriction de l'intérêt à agir constitue également un levier de renforcement de la stabilité des situations juridiques, privilégié par les pouvoirs publics afin de répondre aux spécificités du contentieux des autorisations d'urbanisme. Le filtrage des requêtes en amont de la procédure contentieuse permet ainsi de tempérer l'effet matériellement suspensif de l'introduction du recours⁴⁶⁰. Par ailleurs, alors que les abus du droit au recours sont particulièrement redoutés dans cette matière, il s'avère plus efficace pour renforcer la sécurité juridique des bénéficiaires de permis de construire que les mécanismes de dissuasion et de sanction des recours malveillants, dont la mise en œuvre est plus lente et implique une analyse aussi fine que complexe des mobiles de l'action du requérant.

189. L'effet de réduction du flux contentieux induit par cette technique ne se limite cependant pas aux recours potentiellement abusifs, mais est délibérément appliqué à d'autres recours que le législateur et les acteurs de la construction observent avec méfiance, parmi lesquels ceux des associations. Leur rôle dans le contrôle du respect de la réglementation urbanistique se trouve fortement diminué par l'encadrement temporel de l'intérêt à agir, qui

457 Rozen NOGUELLOU, *id.*, p. 141.

458 Rapport Maugué, p. 6.

459 Rapport Maugué p. 7.

460 Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, « L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme – entre innovations et particularismes », *Jcp A* 2017, n° 43-44, 2266.

tend à imprimer au contentieux des autorisations d'urbanisme le caractère de litiges opposant des particuliers. Cet effacement de l'action associative tend assurément à affaiblir la dimension d'utilité publique du recours pour excès de pouvoir dans cette matière. Les techniques employées afin de conférer davantage de stabilité aux autorisations d'urbanisme se traduisent ainsi par l'altération de plusieurs principes qui, sur le plan procédural, caractérisaient le contentieux de l'excès de pouvoir comme un contentieux essentiellement tourné vers la défense de la légalité.

190. Alors que le contentieux de l'urbanisme est fréquemment considéré comme une sorte de « *laboratoire* » du contentieux de l'excès de pouvoir de droit commun, il convient d'exprimer des réserves à l'égard d'une éventuelle généralisation des règles étudiées dans cette section. Elles ont, pour l'essentiel, été conçues comme des mécanismes de lutte contre un phénomène d'abus dans l'exercice du recours pour excès de pouvoir – dont l'ampleur est, au demeurant, encore mal connue – qui n'affecte pas les autres contentieux au point de présenter un risque systémique d'atteinte à la sécurité juridique des actes administratifs. La proportionnalité de la réponse apportée à ce problème est par ailleurs discutable du point de vue du droit au recours dans la mesure où, pour faire barrage aux recours abusifs, des catégories plus vastes de requêtes sont susceptibles d'être déclarées irrecevables, sans que les motifs qui les animent soient d'ailleurs pris en compte : tel est particulièrement le cas des recours associatifs. Enfin, s'il est politiquement légitime de vouloir renforcer la stabilité des autorisations d'urbanisme, l'utilisation faite à cette fin de l'intérêt à agir ne se justifie que compte tenu de la configuration triangulaire adoptée par le recours pour excès de pouvoir dans lequel l'intérêt du requérant au respect de la légalité s'oppose aux droits subjectifs du bénéficiaire de l'autorisation.

191. D'autres branches du contentieux administratifs fournissent des exemples de resserrement de l'intérêt à agir dans l'objectif affiché d'un renforcement de la sécurité juridique de certains actes de l'administration.

Section 2 - La sécurisation des contrats administratifs par l'exigence d'un intérêt à agir renforcé dans le plein contentieux de la validité

192. Le contrat administratif n'est pas un simple accord bilatéral dont les effets sont limités aux parties : il est également un instrument de l'action des personnes publiques, « *au service*

d'une politique administrative unilatérale »⁴⁶¹, susceptible à ce titre d'intéresser les tiers. L'ambiguïté de la nature juridique de cet acte à la fois contractuel et administratif⁴⁶² s'est traduite par l'édification au long du XX^{ème} siècle d'un régime contentieux complexe, marqué par la recherche d'un équilibre entre le contrôle de la légalité de l'action administrative et la protection de la stabilité du contrat, en particulier contre le recours des tiers.

193. Traditionnellement réservé aux parties, le contentieux contractuel s'est progressivement ouvert au recours des tiers intéressés, qui bénéficient aujourd'hui du recours de pleine juridiction en contestation de validité du contrat institué par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*. Cette évolution s'est opérée au détriment du recours pour excès de pouvoir, que le juge n'a jamais considéré comme un instrument adapté au contentieux des contrats du fait de l'ampleur de ses effets associée au libéralisme de sa jurisprudence en matière d'intérêt à agir (§ 1). Elle s'est accompagnée d'une augmentation du degré d'exigence du juge quant à cette condition de recevabilité, contribuant à un nouvel équilibre entre légalité et stabilité des situations. (§ 2).

§ 1 - L'ouverture du prétoire, obstacle au développement du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle

194. Dès la fin du XIX^{ème} siècle⁴⁶³, le juge administratif a affirmé l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat. Cette solution de principe s'expliquait, sur le plan conceptuel, par l'incompatibilité supposée de ces deux éléments : alors que le recours pour excès de pouvoir était déjà conçu comme un procès objectif fait à un acte unilatéral de l'administration, la nature bilatérale et le caractère créateur de droits subjectifs du contrat paraissaient s'opposer à leur rencontre⁴⁶⁴.

195. En ce qui concerne les parties, elle trouvait par ailleurs une certaine justification dans l'existence d'un recours parallèle de plein contentieux devant le juge du contrat, seul compétent pour apprécier sa validité et se prononcer sur les droits et obligations qu'il fait naître. En revanche, cette solution pouvait aboutir à une situation de déni de justice pour les tiers. En effet, alors qu'ils n'étaient pas recevables à contester la chose des parties elle-même,

461 Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Le contrat administratif de nouveau ouvert aux « tiers intéressés » : le recours « Tarn-et-Garonne » », *Jcp A* 2014, n° 15, act. 325.

462 Cette ambiguïté peut être rapprochée de celle des autorisations individuelles d'urbanisme qui, malgré leur caractère individuel, sont susceptibles d'intéresser des tiers.

463 La solution contraire avait pu être retenue par la jurisprudence antérieure du Conseil d'État. V. François BRENET, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », *Jcp A* 2012, n° 38-39, 2313.

464 V. Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 627.

le juge administratif considérait également que les actes unilatéraux périphériques au contrat, que des tiers pouvaient avoir intérêt à attaquer, s'incorporaient à lui à compter de sa signature et bénéficiaient dès lors d'une immunité contentieuse à l'égard du recours pour excès de pouvoir⁴⁶⁵.

196. La nécessité de concilier la stabilité contractuelle et le droit des tiers à un recours juridictionnel a d'abord amené à la jurisprudence à contourner le principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle (A). Au cours du XX^{ème} siècle, la reconnaissance de plusieurs exceptions à ce principe a révélé sa fragilité théorique, tout en soulignant que l'approche classique de l'intérêt à agir en excès de pouvoir était envisagée comme un obstacle pratique au développement de cette voie de droit en matière contractuelle (B).

A - La conciliation de l'ouverture du prétoire et de la stabilité contractuelle par la théorie des actes détachables

197. Théorie de l'acte détachable. Le « moment 1900 » a vu l'abandon de cet état du droit insatisfaisant au profit d'une solution de compromis fondée sur la théorie de l'acte détachable. Par l'arrêt *Martin* de 1905⁴⁶⁶, tout en maintenant le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, le Conseil d'État admettait son exercice par les tiers contre les actes unilatéraux adoptés préalablement à sa conclusion et considérés à ce titre comme détachables du contrat lui-même.

198. Ouverture du prétoire. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Romieu affirmait que ce système « *concili[ait] de manière complète le respect des compétences [des juges] et des droits acquis aux contractants avec le droit d'être jugé pour le citoyen* »⁴⁶⁷. Il reconnaissait toutefois que l'annulation d'un acte détachable serait dans la majorité des hypothèses dépourvue d'effet direct sur le contrat lui-même, dans la mesure où le juge du contrat demeurerait le seul compétent pour déterminer son sort, et ce dans l'éventualité où les parties l'auraient volontairement saisi en conséquence de l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir.

465 François BRENET, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », *Jcp A* 2012, n° 38-39, étude 2313, § 6 et s.

466 CE, 4 août 1905, *Martin*, rec. p. 749, concl. Jean ROMIEU, *RDP* 1906, p. 249, note Gaston JEZE, S. 1906, III, 49, note Maurice HAURIOU.

467 Jean ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol. 1 : 1831-1940*, p. 269.

199. Annulation platonique. La solution qu'il recommandait au Conseil d'État présentait malgré cela certains avantages à une époque où le juge administratif lui-même avait conscience du « *caractère purement platonique* »⁴⁶⁸ de certaines annulations pour excès de pouvoir. Sur le plan technique, la censure d'un acte détachable permettait de résoudre une question de validité à laquelle le juge du contrat pourrait être ultérieurement confronté, ce qui évitait notamment d'emprunter la voie de la question préjudicielle dans le cas où il se serait agi du juge civil. Le principal bénéfice résidait cependant sur le plan des principes et notamment de la légalité : selon Romieu, « *l'annulation (...) aura toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées* ».

200. Approche classique de l'intérêt à agir en excès de pouvoir. Le caractère très mesuré et principalement moral de la sanction de l'illégalité d'un acte détachable a incité le juge administratif à faire preuve d'un grand libéralisme quant à la recevabilité du recours. Non seulement l'intérêt à agir était-il apprécié conformément aux standards favorables du recours pour excès de pouvoir⁴⁶⁹, mais le juge acceptait par ailleurs d'être saisi d'un nombre important d'actes détachables. La jurisprudence a notamment admis la recevabilité du recours dirigé contre la décision « *fictive* »⁴⁷⁰ de conclure le contrat, matérialisée par sa seule signature, et a étendu la notion d'acte détachable à certaines décisions postérieures à la signature du contrat, telles que le refus de prononcer sa résiliation⁴⁷¹.

201. Annulation de l'acte détachable et stabilité du contrat. En réservant les possibilités de contestations directes aux parties et en aménageant aux tiers une voie de droit périphérique, inoffensive à l'égard du contrat, le système établi par la jurisprudence *Martin* assurait donc une « *stabilisation formelle* »⁴⁷² du contrat administratif. Cette configuration du contentieux

468 *Id.*, p. 270.

469 Voir cependant CE, 11 mai 2011, n° 331153, *Société lyonnaise des eaux France*, AJDA 2012, p. 417, comm. Elise LANGELIER ; également CE, 1^{er} juin 2016, n° 391570, *Commune de Rivedoux-Plage* : « *lorsque la délibération d'un conseil municipal emporte une perte de recettes ou des dépenses supplémentaires, le contribuable de cette commune n'est recevable à en demander l'annulation pour excès de pouvoir que si les conséquences directes de cette délibération sur les finances communales sont d'une importance suffisante pour lui conférer un intérêt pour agir* » (nous soulignons).

470 Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Puf, 2018, p. 462.

471 CE, 24 avril 1964, n° 53518, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC)*, AJDA 1964, p. 308, concl. Michel COMBARNOUS ; également CE, 8 décembre 2004, n° 270432, *Société Eiffel-Distribution*.

472 Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse Pau, 2017, p. 67 ; dans le même sens, v. Olga MAMOUDY, « Le contentieux contractuel : à propos d'un séminaire sur l'arrêt *Tropic* », RFDA 2020, p. 947.

contractuel, instituée au début du siècle, n'a pas connu d'évolution significative jusqu'aux années 1990, à partir desquelles la nécessité du contrôle de légalité de l'activité contractuelle de l'administration a été revalorisée par rapport à l'exigence de protection du contrat. La modification de cet équilibre résulte de deux phénomènes : d'une part, le recul relatif du caractère traditionnellement platonique de l'annulation de l'acte détachable, et, d'autre part, une politique jurisprudentielle de renforcement du rôle du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle.

202. Développement de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Alors que l'inefficacité de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat découlait de l'incertitude de la saisine du juge du contrat, tributaire du bon vouloir des parties, la jurisprudence des années 1990 a mis à profit les pouvoirs d'astreinte et d'injonction conférés au juge administratif par le législateur en 1980 et 1995 pour exercer un contrôle sur ce paramètre.

203. L'arrêt du Conseil d'État *Epoux Lopez* de 1994 admettait ainsi que le tiers ayant obtenu l'annulation de l'acte détachable pouvait saisir le juge de l'exécution pour qu'il prononce une astreinte à l'encontre de la personne publique dans l'hypothèse où elle n'aurait pas pris les mesures propres à assurer l'exécution du jugement. De la même manière, le juge a reconnu que le requérant pouvait adjoindre des conclusions à fin d'injonction à ses conclusions tendant à l'annulation de l'acte détachable, afin que le juge ordonne à l'administration, si nécessaire, de saisir le juge du contrat par la même décision⁴⁷³.

204. Ce renforcement technique de l'efficacité de l'annulation de l'acte détachable demeurait nuancé par le principe rappelé avec constance par le juge selon lequel « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ». La jurisprudence a précisé que les conséquences d'une telle annulation sur le contrat dépendaient de la nature et de la gravité du vice l'ayant justifiée⁴⁷⁴. Après que l'arrêt *Commune de Béziers* de 2009 a redéfini l'étendue de l'office du juge du contrat saisi par les parties, une synthèse de la jurisprudence relative aux conséquences de l'annulation de l'acte

473 TA Versailles, 23 octobre 1997, n° 97-2625 et n° 97-3776, *Société Plastic Omnium*, AJDA 1998, p. 191.

474 Par l'arrêt *Société le Yacht Club de Bormes-les-Mimosas* du 1^{er} octobre 1993 (n° 54660), le Conseil d'État avait ainsi reconnu que le juge du contrat devait dans certains cas tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat en constatant sa nullité. L'arrêt *IRD* du 10 décembre 2003 (n° 248950) indiquait en revanche qu'il appartenait au juge de l'exécution « saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ».

détachable sur l'office des juges de l'exécution et du contrat a été dressée par l'arrêt *Société Ophrys* de 2011 : « *il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée* ».

205. Si l'articulation de l'office des juges de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat permettait donc de faire le lien entre l'annulation d'un acte péri-contractuel et l'appréciation de la validité du contrat lui-même, elle se présentait comme une longue et complexe « *course d'obstacles* »⁴⁷⁵ pour le requérant, dont le résultat n'était guère plus prévisible pour celui-ci que pour les cocontractants.

206. Parallèlement au renforcement relatif des conséquences de l'annulation de l'acte détachable du contrat, le principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir a connu trois dérogations.

B - L'affaiblissement du principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat lui-même

207. En dépit de leur portée variable, les exceptions aménagées au principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat ont eu pour point commun de souligner la fragilité de la position classique de la jurisprudence administrative.

208. Déféré préfectoral. La première, d'une importance moindre par rapport aux deux autres sur le plan de l'action des tiers-administrés et de l'appréciation de leur intérêt à agir, réside dans l'instauration par la loi du 2 mars 1982 du mécanisme du déféré préfectoral. Le juge administratif a ainsi admis son exercice non seulement contre les actes unilatéraux des

⁴⁷⁵ Jacques-Henri STAHL, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée », *RFDA* 1999, p. 128, concl. sur CE, sect., 30 octobre 1998, n° 149663, *Ville de Lisieux*.

collectivités, mais également contre les contrats administratifs locaux, en reconnaissant qu'il présentait dans un tel cas le caractère d'un recours pour excès de pouvoir⁴⁷⁶.

209. Clauses réglementaires. La deuxième dérogation concerne la possibilité pour tout tiers intéressé d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires des contrats relatifs au service public, consacrée par l'arrêt *Cayzeele* de 1996⁴⁷⁷. Adoptée tardivement⁴⁷⁸, cette solution se justifiait pleinement au regard des effets de ces clauses, parfois qualifiées de « *dispositions* »⁴⁷⁹, sur l'organisation du service public et la situation des usagers tiers au contrat. La jurisprudence a néanmoins cloisonné les aspects réglementaires et purement contractuels du contrat afin de garantir sa stabilité : le Conseil d'État a ainsi rapidement confirmé le maintien du principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les clauses non réglementaires⁴⁸⁰, et a précisé que les clauses réglementaires étaient par nature divisibles du reste du contrat afin d'empêcher que l'annulation de la partie emporte celle du tout⁴⁸¹.

210. Contrats de recrutement d'agents publics. La troisième dérogation est la plus nette, mais concerne seulement un « *cas particulier* »⁴⁸² : par son arrêt *Ville de Lisieux* de 1998, le Conseil d'État a consacré la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs par lesquels les collectivités locales recrutent des agents non titulaires. L'incorporation de ces contrats au champ des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir s'explique selon le juge par « *la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires* », qui caractérisent une relation plus statutaire que véritablement contractuelle⁴⁸³.

211. Le rapprochement de ces différentes solutions contemporaines permettait de dépasser les obstacles juridiques classiques à l'admission du recours pour excès de pouvoir contre le contrat : celui tiré de l'impossibilité pour cette voie de droit de porter sur un acte de caractère contractuel était particulièrement affaibli par l'exemple du déféré préfectoral, alors que les jurisprudences *Cayzeele* et *Ville de Lisieux* relativisaient le principe même de l'effet relatif du

476 CE, sect., 26 juillet 1991, n° 117717, *Commune de Sainte-Marie*, rec. p. 302.

477 CE, ass., 10 juillet 1996, n° 138536, *Cayzeele*.

478 Pour l'affirmation de la position contraire, voir CE, ass., 16 avril 1986, n° 75040, *Compagnie Luxembourgeoise de Télévision*, rec. p. 96.

479 L'expression est employée dans l'arrêt *Cayzeele*.

480 CE, 14 mars 1997, n° 119055, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, rec. p. 638.

481 CE, sect., 8 avril 2009, n° 290604, *Association Alcaly et autres*, rec. p. 112.

482 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 221.

483 Charles-André DUBREUIL, *id.*, p. 472.

contrat en admettant que celui-ci pouvait être contesté par un administré tiers dans la mesure où il avait intérêt à agir.

212. À la fin de cette décennie, la jurisprudence paraissait donc confrontée à la nécessité d'admettre le recours pour excès de pouvoir contre le contrat. D'une part, la voie détournée permettant aux tiers victorieux devant le juge de l'acte détachable d'obtenir la saisine du juge du contrat à travers l'intervention du juge de l'exécution ne s'avérait pas plus satisfaisante sur le plan de l'efficacité du recours que sur celui de la protection de la stabilité du contrat. D'autre part, le principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir ne semblait plus s'appuyer sur aucune explication juridique convaincante⁴⁸⁴.

213. Crainte des effets d'une ouverture généralisée du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle. Envisager une telle évolution impliquait cependant de reconnaître et de surmonter les obstacles qui persistaient dans l'ordre psychologique. Jacques-Henri Stahl les avait identifiés dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Lisieux* : « *les raisons véritables qui expliquent le maintien de la distinction des contentieux [du contrat et de l'excès de pouvoir] ne sont pas d'essence intrinsèquement juridique mais découlent de considérations lourdes de politique jurisprudentielle. La première considération est liée à la difficulté de passer d'un système à l'autre. (...) La deuxième considération a trait à la portée des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir et à la forme de brutalité rétroactive qui caractérise l'action du juge de l'excès de pouvoir. En excès de pouvoir, tous les moyens sont égaux et la moindre illégalité emporte l'annulation rétroactive de la décision attaquée ou, au moins, de partie d'entre elle. On peut comprendre que la jurisprudence hésite à faire application de cette mécanique implacable aux actes bilatéraux que sont les contrats, au moins pour les illégalités vénielles ou celles qui sont susceptibles d'être régularisées* »⁴⁸⁵.

214. Le risque pour la préservation de la stabilité contractuelle que représentaient la rigueur du juge de l'excès de pouvoir et l'ampleur de l'annulation était par ailleurs accentué par le degré d'ouverture de son prétoire. À propos de la jurisprudence *Epoux Lopez*, Daniel Labetoulle estimait déjà que l'« *obligation pour l'auteur de l'acte de remettre en cause le contrat* » qu'elle induisait pouvait ne pas être compatible avec « *la très large ouverture aux tiers des recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable* »⁴⁸⁶. Admettre la recevabilité

484 En ce sens, v. René CHAPUS, *id.*, p. 222.

485 Jacques-Henri STAHL, *id.*

486 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Braibant*, p. 404.

du recours pour excès de pouvoir contre le contrat selon les mêmes conditions d'intérêt à agir qu'en matière d'actes unilatéraux paraissait être une solution trop radicale. En ce sens, Jacques-Henri Stahl était favorable à ce que certains ajustements soient opérés, afin de « trouver l'économie d'un nouvel équilibre entre le principe de légalité et l'exigence de stabilité des situations juridiques », notamment au moyen d'une « réflexion sur les contours de l'intérêt pour agir »⁴⁸⁷. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Lisieux*, il relevait qu'« en règle générale et sauf clause réglementaire, le contrat ne concerne pas directement les tiers et ne produit pas d'effets juridiques à leur endroit », et estimait que « déduire de ce constat une conception plus restreinte de l'intérêt pour agir ne (...) paraîtrait pas illogique ».

215. Plutôt que de suivre cette voie et d'adapter le recours pour excès de pouvoir au contrat au risque de le dénaturer en restreignant l'intérêt à agir, le Conseil d'État a privilégié la réorientation progressive des recours des tiers vers le juge du contrat. Leur intégration au sein du plein contentieux, « dont la construction repose sur une particularisation des recours »⁴⁸⁸, permettait « de moduler plus soupagement à la fois l'intérêt à agir du requérant et les pouvoirs du juge du contrat »⁴⁸⁹, et de renforcer la stabilité des situations juridiques par la mise en œuvre de ces leviers.

§ 2 - La définition d'un nouvel équilibre entre le droit au recours des tiers et la stabilité contractuelle dans le cadre procédural du contentieux de pleine juridiction

216. Dans la mesure où le recours pour excès de pouvoir demeurait mal adapté aux enjeux du contentieux contractuel en dépit de ses évolutions postérieures à l'arrêt *Ville de Lisieux*, aussi remarquables soient-elles⁴⁹⁰, le Conseil d'État a préféré intégrer progressivement les recours des tiers au contentieux de pleine juridiction devant le juge du contrat, en réduisant dans le même mouvement la place occupée par le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables. Ce choix répond au souci de mieux préserver la stabilité du contrat en confiant son sort à un juge doté d'une plus grande marge d'appréciation que le juge de l'excès de pouvoir, ainsi qu'en exerçant un contrôle plus fort sur le degré d'ouverture du prétoire.

487 Jacques-Henri STAHL, *id.*

488 Elise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, étude 2345.

489 Charles-Louis VIER, « L'évolution de l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel – regard d'un avocat aux Conseils », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, *op. cit.*, p. 119.

490 Par ex., CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. p. 197, concl. Christophe DEVYS, *RFDA* 2004, p. 438, étude Jacques-Henri STAHL et Anne COURREGES, p. 454 concl. C. DEVYS, *AJDA* 2004 p. 1183, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, *DA* 2004, ét. 15 Olivier DUBOS et Fabrice MELLERAY.

217. Dans le recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat administratif ouvert aux tiers, l'intérêt pour agir a été retenu comme condition de recevabilité (A) selon une approche renouvelée et plus rigoureuse qu'en excès de pouvoir (B).

A - La définition progressive de l'intérêt pour agir comme condition de recevabilité du recours ouvert aux tiers au contrat

218. **Recours Tropic.** La première étape de la recomposition prétorienne du contentieux contractuel est marquée par la décision d'assemblée *Société Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007⁴⁹¹, instituant un recours en contestation de validité devant le juge du contrat au bénéfice des concurrents évincés d'une procédure de passation.

219. **Rejet du critère du droit lésé.** En limitant à cette catégorie spécifique de tiers l'ouverture de ce nouveau recours direct contre le contrat, le Conseil d'État avait adopté une position prudente, plus rigoureuse que celle que suggérait dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Didier Casas. Celui-ci proposait plus largement de reconnaître un droit d'action aux tiers « *suffisamment proches de la sphère contractuelle* » pour « *se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat* »⁴⁹². Ce critère subjectif semblait permettre de reconnaître la recevabilité des recours des entreprises évincées d'une procédure d'attribution, des usagers du service public dans les hypothèses concernant un contrat relatif au service public, ainsi que du contribuable local, « *qui pourrait éventuellement se prévaloir de ce que les conditions financières d'un contrat ont des répercussions nécessaires sur ses droits patrimoniaux* ». En revanche, le critère de la lésion d'un droit patrimonial aurait eu pour conséquence d'exclure « *les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques, les syndicats, les associations, et toutes les autres personnes à qui pourtant le juge de l'excès de pouvoir pourrait reconnaître un intérêt à agir contre l'acte détachable du contrat* »⁴⁹³. Ce critère s'inscrivait alors dans une logique « *binaires* »⁴⁹⁴ distinguant, d'une part, le recours pour excès de pouvoir associé à l'exigence d'un intérêt donnant qualité à agir, et, d'autre part, le recours de plein contentieux associé à l'exigence d'un droit lésé : dans une perspective orthodoxe et malgré l'existence de recours objectifs de pleine juridiction, le choix d'inscrire le recours des tiers dans le plein contentieux « *est regardé à l'époque comme impliquant nécessairement que l'intérêt à agir des tiers*

491 CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, rec. p. 360, AJDA 2007, p. 1577, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER, RFDA 2007, p. 696, concl. Didier CASAS.

492 Didier CASAS, *id.*

493 *Ibid.*

494 Bertrand DACOSTA, « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, op. cit., p. 121.

susceptibles d'intenter ce recours soit entendu sous l'angle du droit lésé plutôt que sous l'angle de l'intérêt à agir traditionnel du recours pour excès de pouvoir »⁴⁹⁵.

220. Choix du critère de la qualité objective de concurrent évincé. Le Conseil d'État a néanmoins entendu privilégier une approche de la recevabilité fondée sur la qualité objective du requérant plutôt que sur l'invocation d'un droit subjectif. Même si le concurrent évincé peut « *sans conteste se prévaloir d'un droit lésé* »⁴⁹⁶, cette condition de recevabilité donnait au recours *Tropic* « *l'apparence d'un recours objectif* » dans lequel le requérant « *endossait le rôle de gardien de la légalité* »⁴⁹⁷, notamment car il pouvait invoquer tout moyen d'illégalité. Si la doctrine s'interrogeait au lendemain de la décision sur sa capacité d'extension à d'autres catégories de tiers que le juge n'aurait pas évoquées dans le cadre de l'espèce, cette voie de droit est demeurée l'apanage des concurrents évincés d'une procédure impliquant des mesures de publicité ou de mise en concurrence. La jurisprudence a néanmoins envisagé cette qualité de manière extensive, en considérant qu'elle devait être reconnue « *à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable* »⁴⁹⁸.

221. En contrepartie de l'ouverture de ce recours de plein contentieux contre le contrat lui-même, les concurrents évincés ne pouvaient plus exercer de recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables à compter de la date de sa signature. Pour l'ensemble des tiers ne relevant pas de cette catégorie, cette voie détournée demeurait cependant la seule option envisageable, en dehors des quelques hypothèses dérogatoires au principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat.

222. Si elle avait nettement amélioré le cadre procédural de l'action des concurrents évincés, qui pouvaient alors emprunter sans difficulté une voie de droit directe leur permettant d'invoquer tout moyen à l'encontre du contrat, la décision *Tropic* n'avait donc pas simplifié efficacement le système général des recours des tiers en matière contractuelle, au sein duquel se côtoyaient deux régimes différents.

495 *Id.*, pp. 120-121.

496 Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, *Manuel*, 10^e ed., p. 192.

497 Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, *Cours*, 2022, p. 1004.

498 CE, avis, 11 avril 2012, n° 355446, *Société Gouelle*.

223. Recours *Tarn-et-Garonne*. Cet état du droit peu harmonieux a pris fin avec la décision d'assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014⁴⁹⁹, qui a unifié les voies de droit ouvertes aux tiers en substituant d'une manière générale le recours direct devant le juge du contrat au recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable.

224. Lésion suffisamment directe et certaine des intérêts du requérant. Désormais, « *tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ». La décision précise en conséquence que la légalité d'actes détachables relatifs à la passation du contrat administratif tels que le choix du cocontractant, la délibération autorisant sa conclusion ou la décision de le signer ne peut désormais être contestée que par ce recours, sous réserve du cas du préfet qui demeure « *recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat* ». La jurisprudence a étendu ce mouvement aux actes d'exécution du contrat par un arrêt de 2017 *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*⁵⁰⁰, qui a institué sur le modèle procédural du recours *Tarn-et-Garonne* un nouveau recours de plein contentieux contre la décision refusant de mettre fin à l'exécution du contrat, qui pouvait jusqu'alors être contestée par le recours pour excès de pouvoir⁵⁰¹.

225. Régulation de l'accès au juge du contrat. Contrairement aux requérants privilégiés que sont le préfet et les élus des collectivités locales, auxquels le Conseil d'État a reconnu un intérêt à agir systématique, les « *tiers indistincts* »⁵⁰² doivent dans toutes ces hypothèses se prévaloir d'un « *intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine* » pour avoir qualité à agir devant le juge du contrat. Cette formulation témoigne de la volonté du Conseil d'État d'exclure, conformément aux conclusions de Bertrand Dacosta, l'exigence plus restrictive de la lésion d'un droit : associée à la fermeture générale du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, une telle condition aurait eu pour conséquence de

499 CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035, chron. Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI ; RFDA 2014, p. 425, concl. Bertrand DACOSTA, p. 438, note Pierre DELVOLVE ; RDP 2014, p. 1175, note Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAIX ; AJCT 2014, p. 375, note Samuel DYENS.

500 CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, AJDA 2017, p. 1669, chron. Guillaume ODINET et Sophie ROUSSEL ; RFDA 2017, p. 937, concl. Gilles PELLISSIER ; AJCT 2017, p. 455, obs. Sylvain HUL ; AJ Contrat 2017, obs. Jean-David DREYFUS., RTD com. 2017, p. 587, obs. Frédéric LOMBARD.

501 CE, 24 avril 1964, n° 53518, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC)*.

502 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

priver d'un accès au juge « *la grande majorité des tiers* »⁵⁰³ qui pouvaient emprunter cette voie en justifiant d'un simple intérêt à agir, mais qui ne pourraient se prévaloir d'aucun droit subjectif. Si la recevabilité de ce recours de plein contentieux dépend, comme dans les référés précontractuel et contractuel, de la lésion d'un intérêt, l'arrêt *Tarn-et-Garonne* souligne à deux reprises que celui-ci doit être lésé de façon suffisamment directe et certaine. Telle qu'elle est conçue, cette condition est « *évidemment plus restrictive* »⁵⁰⁴ que celle de l'intérêt à agir du contentieux de l'excès de pouvoir. Elle y trouve cependant une préfiguration dans la jurisprudence relative au recours contre les actes détachables, à propos duquel le juge a pu affirmer que la recevabilité était « *subordonnée à la condition que les stipulations du contrat en cause soient de nature à les léser dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine* »⁵⁰⁵.

226. Combiné à une limitation des moyens invocables en fonction de la qualité en laquelle le requérant non privilégié agit⁵⁰⁶, ce degré renforcé d'exigence appliqué à la condition d'intérêt à agir révèle assurément le « *passage d'un contentieux objectif de la légalité à un contentieux subjectif de la défense des intérêts lésés* »⁵⁰⁷, dans lequel l'action du requérant s'inscrit dans une perspective purement individualiste. Il engendre également un renouvellement de la notion d'intérêt à agir en contentieux administratif.

B - L'émergence d'une nouvelle conception renforcée de l'intérêt à agir des tiers

227. La « *plasticité* »⁵⁰⁸ de la notion d'intérêt à agir associée à la marge de manœuvre dont le juge bénéficie pour apprécier l'existence d'une lésion suffisante lui permettent de « *rationaliser l'accès à son office en fonction de la situation du tiers par rapport au contrat* »⁵⁰⁹.

228. Recours du concurrent évincé. Le concurrent évincé, qui bénéficiait d'un régime avantageux sous l'empire de la jurisprudence *Tropic*, est aujourd'hui soumis aux mêmes

503 *Ibid.*

504 Pierre DELVOLLE, *id.* ; dans le même sens, voir : Laurent RICHER, François LICHERE, *op. cit.*, p. 195.

505 CE, 11 mai 2011, n° 331153, *Société Lyonnaise des eaux France* ; CE, sect., 19 novembre 1999, n° 176261, *Fédération F.O. des travailleurs des Postes et télécommunications*, rec. p. 354.

506 Cf. *infra*, Partie II, Titre 1, Chapitre 2.

507 Olivier HENRARD, « Recours des tiers contre le contrat : la Révolution est achevée », *DA* 2016, n° 3, alerte 21.

508 Bertrand DACOSTA, concl. sur CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne, RFDA* 2014, p. 425.

509 Fabrice JURY, « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'oeil » », *RFDA* 2019, p. 55.

critères que les tiers qui ne pouvaient exercer que le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable. Le « régime de droit commun »⁵¹⁰ institué par l'arrêt *Tarn-et-Garonne* ne lui garantit pas également la possibilité de se voir reconnaître un intérêt donnant qualité à agir, mais il semble que « la condition tenant à ce que l'intérêt du concurrent évincé soit lésé de façon suffisamment directe et certaine se trouve a priori remplie du seul fait de son éviction »⁵¹¹. Son intérêt à agir pourrait être reconnu de manière presque « systématique »⁵¹², au moins dans le cas où celui-ci a été évincé après avoir effectivement pris part à une procédure concurrentielle. En effet, alors que l'avis *Société Gouelle* de 2012 avait retenu une acception large de la qualité de concurrent évincé dans le cadre du recours *Tropic* pour aligner sa recevabilité *ratione personae* sur celle des référés des articles L. 551-1 et L. 551-13 du CJA, il est possible de s'interroger sur le maintien de cette perspective sous l'empire de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*.

229. Ainsi, selon Bertrand Dacosta, « dans une approche stricte, l'intérêt à agir » ne pourrait être « avéré que si la personne qui saisit le juge s'est effectivement portée candidate (...) ou établit qu'elle n'en a été dissuadée que par le comportement de la personne publique »⁵¹³. De même, en concluant sur l'arrêt *Hérault Transport*, Olivier Henrard estimait que « l'exigence du caractère suffisamment direct et certain de la lésion de l'intérêt invoqué rompt de façon radicale avec la conception extensive du « concurrent évincé » issue de l'avis *Société Gouelle* ». Selon celui-ci, « on pourrait difficilement envisager une situation dans laquelle une entreprise qui n'aurait même pas présenté sa candidature pourrait faire valoir qu'elle a été lésée « de façon suffisamment directe et certaine » par la passation d'un contrat »⁵¹⁴. Dès lors que les tiers concurrents *lato sensu* sont mis en mesure d'exercer les référés contractuel ou précontractuel alors même qu'ils n'ont pas pris part à une procédure d'attribution, il pourrait être soutenu que le recours *Tarn-et-Garonne* devrait être réservé aux requérants évincés à la suite de leur participation, au prix d'une restriction supplémentaire du prétoire qui devrait être envisagée avec retenue.

510 Bertrand DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2049.

511 *Ibid.*

512 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

513 Bertrand DACOSTA, *id.*

514 Olivier HENRARD, « Le recours du concurrent évincé : le maintien provisoire de la jurisprudence *Tropic* », concl. sur CE, sect., 5 février 2016, n° 383149, *Syndicat mixte des transports en commun « Hérault Transport »*, *RFDA* 2016, p. 301.

230. L'exigence d'une lésion suffisante pourrait ainsi se prêter à une appréciation plus circonstanciée de la qualité de concurrent *évincé*. Une telle approche semble perceptible dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux⁵¹⁵, qui considère qu'une société ne justifie pas d'un intérêt suffisant à demander l'annulation d'une délégation de service public portant sur l'exploitation du cinéma municipal de Lourdes, en relevant notamment qu'elle ne se voue qu'à la diffusion d'un unique film destiné à la promotion des valeurs chrétiennes et qu'elle « *ne soutient ni même n'allègue qu'elle se serait portée candidate à l'attribution du contrat en litige ou qu'elle aurait été privée de la possibilité de le faire* ».

231. Recours des contribuables locaux. L'exigence d'une lésion suffisamment directe et certaine est susceptible de rendre plus « *théorique* »⁵¹⁶ la possibilité pour d'autres tiers d'accéder au juge du contrat, obligés de fournir « *des efforts bien plus importants qu'au temps du recours contre les actes détachables* »⁵¹⁷. Cette condition a notamment été conçue pour éviter que les recours des contribuables locaux ne soient admis trop aisément contre le contrat lui-même. Le tribunal administratif de Lyon a ainsi précisé qu'une association de contribuables est « *recevable à contester la validité d'un contrat si sa passation ou ses stipulations sont de nature à la léser dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine, au regard, notamment, de l'objet du contrat, de sa portée, de son montant et de l'impact de son exécution sur les finances locales* »⁵¹⁸. En conséquence, la seule invocation du montant d'un marché public passé par la région Auvergne-Rhône-Alpes « *portant sur l'achat d'espaces promotionnels, de billets de spectacles sportifs et de prestations de communication* », qui s'élevait à environ 400000 euros, ne permettait pas de caractériser une lésion suffisamment directe et certaine des intérêts des requérants. Au regard de cette analyse de l'intérêt à agir des contribuables locaux, il semblait que leur recours ne pourrait être admis que contre les projets contractuels aux enjeux financiers les plus élevés, impliquant la mobilisation d'« *une part significative des finances locales au détriment d'autres services publics* »⁵¹⁹. Cette interprétation a été confirmée par le Conseil d'État, qui a jugé dans l'arrêt *M. Le Monnier* du 27 mars 2020, que « *lorsque l'auteur du recours se prévaut de sa qualité de contribuable local, il lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste*

515 CAA Bordeaux, 15 février 2019, n° 16BX01328, *Société Pax 2010*, *Contrats et Marchés publics* 2019, n° 5, comm. 175 Etienne MULLER.

516 Fabrice JURY, *id.*

517 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

518 TA Lyon, 31 janvier 2019, n° 1709083, *Association des contribuables actifs du lyonnais*, *Contrats et Marchés publics* 2019, n° 4, comm. 133 Jérôme DIETENHOEFFER.

519 Gilles PELLISSIER, concl. sur CE, 2 juin 2016, n° 395033 et n° 396645, *Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay*, *BJCP* 2016, p. 378.

la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité »⁵²⁰.

232. Recours de personnes morales. L'effet de resserrement produit par l'exigence d'une lésion suffisamment directe et certaine est également perceptible dans l'appréciation de la recevabilité des recours exercés par les personnes morales pour défendre les intérêts dont elles ont la charge.

233. Personnes morales de droit public. Il en va ainsi des personnes morales de droit public agissant dans le cadre des missions qui leur sont conférées par la loi : le Conseil d'État a estimé que la mission confiée à une agence régionale de santé de contribuer au respect de l'objectif national des dépenses de l'assurance maladie et que les compétences dont elle dispose en matière de contrôle budgétaire des établissements publics de santé ne lui conféraient pas un intérêt suffisamment direct et certain pour agir contre la passation d'un marché public de déconstruction, conception, et réalisation d'un espace intergénérationnel au sein d'un centre hospitalier, d'un montant de plus de 14 millions d'euros, quand bien même son coût élevé présentait-il un risque de compromettre l'équilibre financier de l'établissement acheteur⁵²¹.

234. Personnes morales de droit privé. Il en va de même des personnes morales et groupements de droit privé agissant pour la sauvegarde des intérêts collectifs définis par leurs statuts. L'évolution restrictive dans la conception du juge s'est manifestée dès 2017 par deux arrêts de la cour administrative d'appel de Nancy affirmant que, pour être recevable, un ordre régional d'architectes devait « *établir l'existence d'irrégularités ayant lésé de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs des membres de la profession d'architecte* »⁵²². La cour a estimé que de telles irrégularités pouvaient résulter du caractère insuffisant des mesures de publicité effectuées par la personne publique : ainsi, dans le cadre d'un marché à procédure adaptée portant sur la maîtrise d'œuvre de travaux de construction, le choix du pouvoir adjudicateur de se limiter à adresser trois lettres de consultation à des

520 CE, 27 mars 2020, n° 426291, *M. Le Monnier et autres*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 21, p. 33, act. Bertrand SEILLER.

521 CE, 2 juin 2016, n° 395033 et n° 396645, *Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay*, *Contrats et Marchés publics* 2016, n° 8-9, Août 2016, comm. 218 Jean-Paul PIETRI.

522 CAA Nancy, 28 décembre 2017, n° 16NC01207 et n° 16NC01209, *Ordre des architectes de Lorraine*, *AJDA* 2018, p. 909 Jean-Marc FAVRET ; *Contrats et Marchés publics* 2018, n° 2, comm. 52 Hélène HOEPPFNER.

agences d'architectures locales avait « *eu pour conséquence de restreindre irrégulièrement l'accès des architectes à ce marché et d'affecter ainsi les modalités d'exercice de cette profession* », caractérisant une lésion suffisamment directe et certaine des intérêts de l'ordre professionnel régional.

235. Le Conseil d'État a suivi cette approche dans sa décision *Département de la Loire-Atlantique* du 3 juin 2020⁵²³. Dans cette espèce, le conseil régional de l'ordre des architectes du Pays de la Loire avait demandé l'annulation d'un marché de conception-réalisation d'un collège attribué à un groupement d'entreprises par le département de la Loire-Atlantique, estimant qu'il avait méconnu son obligation de recourir à un architecte. Alors que la cour administrative d'appel avait fait droit aux conclusions de l'ordre, le Conseil a jugé que « *la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge* ». Par un raisonnement similaire, l'arrêt *Société Espelia* du 20 juillet 2021⁵²⁴ dénie l'intérêt à agir du Conseil national des barreaux à l'encontre d'un marché public confiant des prestations à caractère juridique à l'attributaire : « *Si, en vertu des dispositions (...) de la loi du 31 décembre 1971, le Conseil national des barreaux a qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un professionnel du droit, la seule attribution, par une collectivité territoriale, d'un marché à un opérateur économique déterminé ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont le Conseil national des barreaux a la charge, alors même que le marché confie à cet opérateur une mission pouvant comporter la rédaction d'actes juridiques* ».

236. Ces décisions confirment ainsi une certaine prise de distance par rapport au contentieux de l'excès de pouvoir⁵²⁵, apparaissant d'ailleurs très nettement dans les conclusions prononcées par le rapporteur public Gilles Pellissier sur l'arrêt *Département de la Loire-Atlantique*. Pour justifier cette orientation, elles soulignent que, dans le recours contre le contrat institué par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, la condition d'intérêt pour agir traduit

523 CE, 3 juin 2020, n° 426932, *Département de la Loire-Atlantique*, BCJP 2020 n° 132 (septembre-octobre), p. 361, concl. Gilles PELLISSIER.

524 CE, 20 juillet 2021, n° 443346, *Société Espelia*.

525 CE, 28 décembre 2001, n° 221649, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*.

« un équilibre différent entre légalité et sécurité juridique que celui que véhicule cette condition en excès de pouvoir »⁵²⁶. Dans ce cadre procédural marqué par l'exigence de stabilité du contrat, l'intérêt invoqué par un ordre professionnel devrait, selon M. Pellissier, ne pouvoir lui conférer qualité pour agir que lorsque la passation du contrat ou le contrat lui-même est « susceptible d'affecter de manière générale » les intérêts de la profession. En effet, en admettant que l'intérêt collectif défendu par un ordre professionnel « lui permette de se substituer à ceux de ses membres qui ne se sont pas estimés lésés », cet ordre pourrait revendiquer un intérêt pour contester tout contrat présentant un lien avec l'activité de ses membres. L'exigence que le requérant fasse état d'un intérêt lésé de manière *suffisamment directe et certaine* s'oppose en définitive à ce que l'intérêt à agir puisse être considéré comme un « vecteur de la légalité »⁵²⁷.

237. Recours tendant à la résiliation du contrat. Renforcée en plein contentieux par rapport au contentieux de l'excès de pouvoir, l'appréciation de l'intérêt à agir l'est également lorsque le requérant entend contester le contrat, non plus au moment de sa formation au moyen du recours *Tarn-et-Garonne*, mais au cours de son exécution dans les conditions définies par la décision de section *SMPAT*. Si la recevabilité du recours de plein contentieux contre la décision refusant de mettre fin à l'exécution du contrat est également soumise à la preuve d'une lésion suffisamment directe et certaine des intérêts du requérant, « l'équilibre entre la légalité et la stabilité des relations contractuelles » construit par ce critère « s'impose également voire encore plus fortement au cours de l'exécution du contrat, qui n'a pas été contesté en temps utile ou l'a été sans succès, et dont les parties doivent pouvoir compter sur un environnement juridique qui garantisse qu'il sera normalement conduit à son terme »⁵²⁸. La volonté de préserver davantage les contrats qui n'ont pas été remis en cause par voie d'action implique ainsi une exigence accrue de lésions « substantielles »⁵²⁹ des intérêts des tiers qui, dès lors qu'ils sont appréciés au regard des conséquences de la poursuite de l'exécution du contrat, ne sont « pas nécessairement les mêmes que ceux susceptibles d'être lésés par [sa] conclusion »⁵³⁰.

526 Gilles PELLISSIER, « Un conseil régional de l'ordre des architectes a-t-il intérêt à contester la validité d'un marché de conception-réalisation en sa qualité de tiers au contrat ? », *BCJP* 2020, n° 132, p. 361 (précité).

527 *Id.*

528 Gilles PELLISSIER, « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux », *RFDA* 2017, p. 937, concl. sur CE, sect., 30 juin 2017, *SMPAT*.

529 Fabrice JURY, *id.*

530 Gilles PELLISSIER, *id.*

238. Malgré « *l'ouverture formelle du contentieux* »⁵³¹ réalisée par la décision *Tarn-et-Garonne*, la condition de l'intérêt à agir constitue « *la première, et même la principale, clé de sécurité* »⁵³² permettant aux tiers de lever les « *verrous* »⁵³³ apposés aux portes du prétoire du juge du contrat. Son renforcement révèle que les requérants non privilégiés, au contraire du préfet et de l'élu local réputés agir dans l'intérêt de la légalité objective, sont conçus comme un risque, voire une « *menace contentieuse* »⁵³⁴, pour la stabilité des contrats, les enjeux d'intérêt général qu'ils portent et « *l'épanouissement de l'économie publique* »⁵³⁵. Le contrôle de ce risque est opéré par une subjectivisation générale de leur recours, à laquelle l'exigence d'une lésion suffisamment directe et certaine des intérêts du requérant participe, en s'associant à la restriction des moyens invocables. En dépit de son efficacité, cette tendance protectrice de la stabilité « *nuit considérablement à la compréhension des conditions d'accès au juge de plein contentieux* »⁵³⁶ pour la majorité des tiers⁵³⁷. Cette limitation substantielle des hypothèses de recevabilité des recours dirigés contre les contrats affaiblit ainsi d'une manière générale le contrôle juridictionnel de la légalité de l'action contractuelle des personnes publiques.

239. En conférant un avantage procédural à la stabilité contractuelle au détriment de la légalité, les choix jurisprudentiels du Conseil d'État témoignent finalement de la complexité des équilibres qu'il revient à la jurisprudence de réaliser lorsque le recours n'a pas pour seul objet d'opposer directement les droits d'un administré-requérant à l'arbitraire de la puissance publique, et que les droits des tiers sont intégrés à l'équation. Leur prise en compte et les adaptations qu'elle induit caractérisent un droit administratif post-moderne, dans lequel les configurations contentieuses sont plus variées.

531 Franck LAFFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018, p. 1201.

532 Sébastien HOURSON, « Les gorges étroites de *Tarn-et-Garonne* », *DA* 2017, n° 8-9, alerte 118.

533 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

534 Franck LAFFAILLE, *id.*

535 Sébastien HOURSON, *id.*

536 *Ibid.*

537 Jean-Luc HECKENROTH, « L'intérêt à agir des tiers non privilégiés dans le recours en contestation de validité du contrat », *Contrats et marchés publics*, 2020, n° 7, 7.

Conclusion du Chapitre 2

240. Les contentieux des autorisations d'urbanisme et des contrats administratifs présentent de nombreuses différences. L'un relève de l'excès de pouvoir, l'autre de la pleine juridiction ; l'un porte sur des actes unilatéraux de l'administration, l'autre sur des actes contractuels ; l'un fait l'objet de nombreuses réformes d'origine législative, tandis que l'autre évolue principalement sous l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État. En apparence, les transformations des règles relatives à l'intérêt à agir qui ont été observées sont les conséquences de causes distinctes. Les réformes législatives de l'intérêt à agir dans le contentieux de l'urbanisme ont notamment été justifiées par la volonté de lutter contre des recours perçus comme abusifs. Dans le contentieux des contrats administratifs, le renforcement de la condition de l'intérêt à agir paraît découler théoriquement du transfert des recours vers le contentieux de pleine juridiction dans lequel la subjectivité du litige est supérieure au contentieux de l'excès de pouvoir.

241. En dépit de la diversité de ces matières, les évolutions semblables qui les affectent sur le plan procédural illustrent un mouvement global perceptible dans l'ensemble du contentieux administratif⁵³⁸, qui tend au « *rétrécissement de l'accès au juge, et ce au nom de la sécurité juridique* »⁵³⁹. Au-delà de la démarcation entre excès de pouvoir et pleine juridiction, un certain nombre de traits communs peuvent être identifiés afin de mesurer la portée et les implications de cette tendance. Les restrictions de l'intérêt à agir paraissent ainsi ne concerner que des domaines dans lesquels les actes visés emportent la création de droits subjectifs : il s'agit en effet d'actes unilatéraux créateurs de droits pour leurs bénéficiaires ou de contrats créateurs de droits pour les cocontractants. Dans chaque hypothèse, le recours adopte en outre une configuration qui peut être qualifiée de triangulaire. Il peut en être déduit que l'intérêt à agir se présente comme un levier adapté aux contentieux empreints, compte tenu de leur objet, d'un certain degré de subjectivité. La sécurité contentieuse des actes réglementaires semble, en revanche, généralement recherchée par d'autres moyens⁵⁴⁰.

242. Le renforcement de cette condition de recevabilité contribue en même temps à l'accentuation de cette subjectivité. Dans le contentieux de l'urbanisme comme celui des

538 Ce mouvement ne se limite pas à la question de la recevabilité personnelle et affecte d'autres conditions de recevabilité comme celle du délai. Cf. le titre suivant.

539 Thomas PERROUD, « La fermeture globale de la justice », Blog *Jus Politicum* (blog.juspoliticum.com), 28 juin 2018.

540 La modulation des effets de l'annulation ainsi que la limitation des moyens invocables par voie d'exception peuvent être cités.

contrats administratifs, l'action du requérant est désormais inscrite dans la seule perspective de la défense d'intérêts individuels. Alors qu'elle était auparavant un vecteur de la défense de la légalité, cette fonction se voit assignée à des organes spéciaux tels que le préfet et, dans le recours *Tarn-et-Garonne*, l'élu local, pour mieux en priver le requérant ordinaire. Le durcissement des règles appliquées aux personnes morales agissant pour la défense d'intérêts collectifs relève de la même logique transversale de subjectivisation du recours des tiers contre des actes créateurs de droits, au détriment de la dimension d'utilité publique des recours contre les actes de l'administration.

243. En dépit de l'efficacité indéniable de cette technique de sécurisation par la limitation de l'exercice du recours lui-même, des critiques peuvent être formulées à plusieurs égards. Elle peut apparaître disproportionnée, notamment dans le contentieux de l'urbanisme où l'invocation de l'argument de la lutte contre les recours abusifs a permis de justifier les nouvelles exigences appliquées aux recours des particuliers et des personnes morales. Alors que l'existence d'un phénomène de détournement du recours pour excès de pouvoir n'est pas rigoureusement établie et que son ampleur est mal connue, il est regrettable que le sentiment d'insécurité qu'il inspire se soit traduit concrètement par une restriction généralisée de l'accès au prétoire. De même, la méthode employée par le Conseil d'État pour renforcer l'intérêt à agir en contentieux contractuel peut sembler discutable : alors que le sens de sa jurisprudence du XX^{ème} siècle était de faire progresser le principe de légalité et la protection des garanties des administrés, il peut être considéré que « *l'œuvre jurisprudentielle perd toute légitimité si elle a pour objet de réduire les droits des administrés contre l'administration* »⁵⁴¹.

244. Enfin, il faut convenir que la technique étudiée se borne à atténuer les symptômes de maux qu'elle ne guérit pas⁵⁴². Comme le constatait le rapport Labetoulle à propos du domaine de l'urbanisme, « *l'amélioration du traitement des recours contentieux ne pourra jamais, à elle seule, pallier des failles qui s'attachent, d'abord et avant tout, à la règle de droit elle-même* »⁵⁴³. Si le développement des règles de fond et de procédure en matière contractuelle ou d'urbanisme manifeste une volonté publique d'assurer la défense de valeurs auxquelles la

541 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, p. 1198.

542 Hubert DELESALLE, « La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme », *RDP* 2019, n° 6, p. 1759.

543 Rapport Labetoulle, p. 28.

société accorde de l'importance, il peut être regretté que la « *volonté de contenir le débat juridictionnel au stade de l'irrecevabilité* »⁵⁴⁴ conduise à ignorer des illégalités de toute nature.

544 Élise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, 2345.

Conclusion du Titre 1

245. Alors qu'il a historiquement servi à protéger le juge des risques de l'action populaire⁵⁴⁵, il est désormais évident que l'intérêt à agir figure « *au premier rang des mécanismes visant à protéger les actes administratifs unilatéraux des recours formés par les tiers* »⁵⁴⁶ en contentieux de l'excès de pouvoir. Ce constat pouvant sans difficulté être transposé au plein contentieux des contrats administratifs dans le cadre de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, il est possible de reconnaître dans cette condition de recevabilité un instrument de sécurisation des actes administratifs transversal au contentieux administratif. L'essor de la technique de la stabilisation formelle des situations juridiques par le renforcement de l'intérêt à agir traduit ainsi effectivement « *une sorte de contre-moment 1900* »⁵⁴⁷, qui voit le juge administratif procéder à la révision d'un équilibre entre légalité et sécurité juridique qu'il a lui-même bâti et dont il assure toujours la maîtrise, même indirectement.

246. S'il est sans doute affecté par un mouvement de subjectivisation qui tend à le rendre plus exigeant d'une manière générale et en particulier dans certaines matières, le juge ne s'est pas encore complètement départi de son approche traditionnellement libérale⁵⁴⁸. L'ouverture du prétoire est d'ailleurs encore fréquemment mise en avant par les membres de la juridiction administrative pour nuancer la portée des restrictions contemporaines, notamment par des références à la jurisprudence relative à la justiciabilité des actes de droit souple, mais également par l'évocation de solutions qui manifestent une appréciation de l'intérêt à agir favorable à la défense des droits fondamentaux, comme en matière de contestation des mesures de police administrative locales par des associations nationales⁵⁴⁹.

247. Laissé à l'appréciation du juge y compris lorsqu'il fait l'objet d'une définition textuelle, ce critère de recevabilité malléable constitue l'instrument d'une régulation

545 Telle est, dès l'origine du Conseil d'État de Belgique, la finalité des dispositions législatives instituant la condition d'intérêt au recours : v. David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, pp. 118-119 ; Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 323.

546 Élise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA* 2013, p. 285.

547 *Ibid.*

548 En ce sens, Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 1403 ; Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, 3^e ed., p. 278.

549 L'exemple de la décision CE, 4 novembre 2015, n° 375178, *Ligue des droits de l'Homme*, est évoqué en ce sens par Gilles Pellissier dans son intervention « Juger de la légalité et sécurité juridique », in *Juger de la légalité administrative*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE, p. 194-195.

pragmatique du flux des recours. Classiquement conçu et employé comme un mécanisme d'ouverture du prétoire⁵⁵⁰, l'intérêt à agir a ainsi permis au juge d'associer des catégories de requérants à des catégories d'actes dont le contrôle juridictionnel est apparu comme une nécessité sociale ou une exigence de l'État de droit. La période contemporaine a dévoilé plus nettement que l'intérêt à agir comporte un potentiel de fermeture du prétoire, qui ne se limite pas au rejet de l'action populaire, et qui permet de cibler certains types de requérants. Par le positionnement du critère de l'intérêt à agir, la jurisprudence influence fortement la sociologie du contentieux, plus spécifiquement qu'une règle de procédure objective telle que celle du délai de recours.

248. L'utilisation de cette condition procédurale pour renforcer la stabilité des situations juridiques est une technique séduisante pour le juge et le législateur. L'irrecevabilité pour absence d'intérêt n'étant généralement pas régularisable⁵⁵¹, elle peut être relevée en amont du débat contentieux et permet de clore le litige rapidement. Néanmoins, l'intérêt à agir ne doit pas être seulement envisagé comme un simple choix procédural déconnecté du contexte dans lequel s'insère le recours qu'il conditionne. Ce critère de recevabilité participe en effet d'un équilibre social dans lequel le recours contentieux devant le juge administratif trouve sa place. Son altération et la modification de la sociologie des recours qu'elle induit peuvent être ponctuellement justifiées par des considérations propres à différentes branches du contentieux. Elle paraît cependant susceptible, si elle devait être accomplie à une plus large échelle, de modifier significativement la fonction du recours et l'équilibre auquel il contribue dans l'État de droit.

249. L'équilibre entre stabilité des situations juridiques et droit au recours ne dépend toutefois pas seulement de l'ouverture matérielle du prétoire, mais également de son degré d'ouverture temporelle.

550 Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP* 1971, p. 51.

551 V. toutefois CE, 14 octobre 2021, n° 441415, *M. Perinet*.

Titre 2 - La stabilité des situations juridiques et l'encadrement temporel de l'accès au juge

250. La conciliation entre la protection de la légalité et les exigences de la sécurité juridique repose sur l'idée essentielle exprimée par l'adage *quieta non movere* : « laisser reposer ce qui est calme » implique qu'une situation juridique ne puisse plus être remise en cause au terme de l'écoulement d'un certain laps de temps ou, à tout le moins, que certains de ses effets soient considérés comme définitifs et protégés du risque d'une contestation juridictionnelle. Différents mécanismes juridiques confèrent ainsi au passage du temps un effet stabilisateur⁵⁵², parmi lesquels figurent la prescription et le délai de recours.

251. Délais de prescription. L'institution de la prescription peut produire cet effet à travers deux déclinaisons que sont la prescription acquisitive et la prescription extinctive⁵⁵³. Issue de l'institution romaine de l'*usucapio*, la première est définie par l'article 2258 du code civil comme « *un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi* ». Elle permet donc de sécuriser une situation de fait qui s'est maintenue suffisamment longtemps en conférant à son bénéficiaire un droit susceptible d'être protégé. La Cour de cassation souligne ainsi qu'elle « *n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai [et] que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire* »⁵⁵⁴.

252. Conceptions de la prescription extinctive. La seconde peut être présentée, en fonction de la conception qui en est retenue, soit comme un mode d'extinction d'un droit substantiel ou d'une obligation, soit comme un mode d'extinction de l'action permettant d'en obtenir la sanction. La thèse substantialiste s'oppose à la thèse processualiste. Selon la première, à laquelle semble se rallier l'article 2219 du code civil depuis 2008, la prescription

552 Delphine COSTA, « Cartographie des concepts juridiques liés au temps », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 1.

553 Sur ce sujet : Charles FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, 2015.

554 Cass. 3^e Civ., 17 juin 2011, n^o 11-40.14, *D.* 2011, p. 1819 ; *RDI* 2011, p. 500, obs. Jean-Louis BERGEL.

est « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps » : elle éteint ainsi le droit substantiel lui-même, et relève en ce sens des règles de fond susceptibles de déterminer l'issue d'un litige. Selon la seconde, la prescription a pour objet d'éteindre l'action permettant d'obtenir la sanction d'un droit, plutôt que celui-ci. Il en résulte que les mécanismes de prescription n'effacent pas le droit, mais influent sur la recevabilité du recours : c'est ainsi que le code de procédure civile paraît envisager la prescription, qu'il classe parmi les fins de non-recevoir permettant de *faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir* »⁵⁵⁵. La conception retenue distinguera plus ou moins nettement la prescription du délai de recours ou de forclusion, qui constitue également un délai extinctif de l'action.

253. En droit public, la conception substantialiste prévaut majoritairement. La prescription est dès lors généralement présentée comme « une règle de fond »⁵⁵⁶, dont l'objet est soit l'extinction du droit ou, sous une forme « atténuée »⁵⁵⁷, de son exigibilité⁵⁵⁸, soit l'extinction d'une obligation. Ce mécanisme influe donc sur le bien-fondé de la requête⁵⁵⁹, mais pas sur sa recevabilité⁵⁶⁰, qui dépend du seul respect du délai de recours.

254. En droit privé, la question fait l'objet d'une controverse classique mais encore vive, chaque conception présentant une portée explicative convaincante à l'égard de l'état du droit⁵⁶¹. Ainsi, l'extinction de la seule action, conformément à la thèse processualiste, justifie que le paiement d'une dette prescrite ne puisse donner lieu à répétition. Pourtant, si la prescription n'éteignait que l'action en justice et pas le droit qui s'y attache conformément à la thèse substantialiste, toutes les créances déjà exécutoires seraient imprescriptibles. A défaut pour l'une ou l'autre d'avoir emporté la préférence du législateur, les textes paraissent hésiter entre les deux, comme en témoignent à la fois les divergences entre les articles 2219 du code civil et 122 du code de procédure civile, mais également celles au sein même du code civil,

555 Nous soulignons.

556 Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 18^e ed., p. 593 ; Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Recours de pleine juridiction », § 172.

557 Charles FROGER, p. 129.

558 René CHAPUS, *Droit administratif général*, p. 475.

559 Dès lors, une requête ne peut être rejetée comme manifestement irrecevable si l'action est prescrite : v. CE, 10 juillet 2006, n° 282031, *M.C.*

560 René CHAPUS, *id.*, p. 801.

561 Voir par ex. Nicolas BALAT, « Forclusion et prescription », *RTD Civ* 2016, p. 751 ; Frédéric ROUVIERE, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD Civ* 2017, p. 529 ; Xavier LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018, p. 469.

dont l'article 2224, qui est pourtant issu de la même réforme que l'article 2219, dispose que les *actions* personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans.

255. Les solutions retenues en droit étranger témoignent d'une diversité comparable. Ainsi, le droit allemand « *se déclare franchement pour la théorie substantialiste et limite le domaine de la prescription extinctive à la créance au sens strict du terme* »⁵⁶². A l'inverse, le droit anglais⁵⁶³ et le droit américain⁵⁶⁴ retiennent plutôt une approche processualiste de la prescription extinctive, d'ailleurs désignée par l'expression de « *limitation of actions* ». La Cour européenne des droits de l'Homme paraît également souscrire à la conception processualiste, et décrit les délais de prescription dans son arrêt *Stubbings c/ Royaume-Uni* comme des « *restrictions légitimes à l'accès au tribunal* » qui « *visent à garantir la sécurité juridique et à mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives* »⁵⁶⁵.

256. Délai de forclusion. À la différence de la prescription, le délai de recours est un délai de forclusion qui a pour seule fonction de borner dans le temps l'exercice de l'action et qui conditionne la possibilité procédurale d'accéder au juge. Il permet un filtrage préalable à l'examen au fond de la requête, au stade duquel la prescription demeure susceptible d'être invoquée par l'une des parties. Le principal élément qui le caractérise réside dans le « *régime plus rigoureux* »⁵⁶⁶ auquel est soumis ce délai qui « *concerne l'organisation juridictionnelle* »⁵⁶⁷ plutôt qu'un droit ou qu'une obligation donnée. Son respect relève en conséquence, sous le contrôle du juge, de l'ordre public, et non de son invocation par un débiteur.

257. En dépit de leurs différences conceptuelles, la proximité des finalités des délais de prescription et du délai de forclusion du recours contentieux justifie de les envisager conjointement comme des délais pour agir⁵⁶⁸. Cette expression doit ainsi être entendue comme

562 Francis LIMBACH, « La prescription extinctive en droit allemand », *D.* 2008, p. 2535.

563 Rapport « Limitation of actions » de la *Law Commission* du Royaume-Uni (Law Com n° 270), 10 juillet 2001, p. 33 : « *Generally the expiry of the limitation period bars the claimant's remedy, but does not extinguish his or her right. It follows that if the defendant does not include details of the expiry of the limitation period in the defence, the claimant may obtain a remedy notwithstanding the fact that the limitation period has expired.* ».

564 Bénédicte FRANCOIS, « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », *D.* 2008, p. 2543.

565 CEDH, 22 octobre 1996, n° 22083/93 et 22095/93, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*.

566 Charles FROGER, *id.*, p. 133.

567 *Ibid.*

568 La thèse processualiste ne pouvant être complètement réfutée sur le plan théorique, les développements qui suivront pourront envisager la prescription comme une condition de recevabilité et la rapprocher des règles de délais de recours, sans préjudice des démonstrations, auxquelles il est permis de souscrire, relatives à la

un *délai pour exercer une action ou un recours avant qu'il ne soit trop tard*, c'est-à-dire qu'il ne soit frappé d'irrecevabilité ou bien que son utilité ait disparu du fait de l'extinction, au fond, du droit.

258. Le délai pour agir encadre dans le temps la possibilité qu'un acte juridique soit remis en cause et que les situations qu'il fonde soient bouleversées. Il constitue à ce titre la principale modalité de conciliation de l'exercice du droit au recours et de l'exigence de stabilité qui découle de la sécurité juridique (**Chapitre 1**). Alors que ce principe général fonde également les exigences d'accessibilité et de prévisibilité qui se traduisent traditionnellement par la préfixion des délais, les exemples de création prétorienne de délais d'action visant à garantir la stabilité des situations juridiques dans des hypothèses où l'absence de délai textuel paraît de nature à générer une instabilité excessive soulèvent des questions particulières (**Chapitre 2**).

prévalence de l'approche substantialiste en droit administratif interne.

Chapitre 1 - Le délai pour agir, mécanisme d'encadrement dans le temps de la possibilité de remettre en cause un acte juridique

259. Si le droit au recours implique que le justiciable ait la possibilité de soumettre les décisions de la puissance publique à l'examen d'une juridiction, le principe de sécurité juridique, dont découle l'exigence de stabilité des situations juridiques, conduit à enserrer cette faculté dans la limite temporelle d'un délai pour agir. La disparition d'un acte pouvant résulter du constat de son invalidité est en effet susceptible, en particulier lorsqu'elle est rétroactive, de perturber l'ordonnement juridique et de remettre en cause les espérances de tiers ou des droits qu'ils pouvaient légitimement tenir pour acquis.

260. La détermination de la durée de ce délai d'action constitue la modalité primaire de définition d'un équilibre procédural entre deux exigences de l'État de droit qui entrent en confrontation. Cet arbitrage entre le droit au recours et la stabilité des situations, qui conduit inévitablement à faire primer l'une de ces valeurs sur l'autre, revêt par nature un caractère politique. Il revient en conséquence, en premier lieu, aux pouvoirs législatif et exécutif de l'accomplir⁵⁶⁹ en fixant le délai dans lequel la suppression d'un acte juridique peut être demandée au juge ou, au contraire, en prévoyant qu'il pourrait être saisi à toute époque, ainsi qu'en définissant certains paramètres techniques tels que les conditions de déclenchement et de calcul du délai.

261. Les modalités de la conciliation du droit au recours et de la stabilité des situations juridiques sont par ailleurs appelées à connaître des adaptations justifiées par plusieurs considérations⁵⁷⁰. Leur équilibre est ainsi susceptible de varier en fonction de la perception politique du rythme propre à chaque matière saisie par le droit : il est évident que la durée juridique ne s'apprécie pas de la même manière dans le contentieux des mesures d'éloignement des étrangers ou des permis de construire, ni dans le contentieux de la responsabilité hospitalière ou de la responsabilité du contractant dans un marché de travaux publics. En outre, les actes de la puissance publique, et en particulier les actes administratifs,

569 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, *ICI*, § 48 ; TPICE, 6 octobre 2005, aff. T-22/02, *Sumitomo Chemical*, § 82 : « (...) la prescription, en empêchant que soient remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'écoulement du temps, tend à conforter la sécurité juridique mais peut également permettre la consolidation de situations qui étaient, à l'origine au moins, contraires à la loi. La mesure dans laquelle il y est fait recours résulte par conséquent d'un arbitrage entre les exigences de la sécurité juridique et celles de la légalité en fonction des circonstances historiques et sociales qui prévalent dans la société à une époque donnée. Elle relève pour cette raison du choix du seul législateur. ».

570 En ce sens, v. Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, p. 91.

présentent une diversité pouvant impliquer que certains ajustements soient opérés au plan des délais. Certains actes ont pour effet de créer des droits au bénéfice de destinataires précisément identifiés tandis que d'autres sont une source générale d'obligation pour l'ensemble des administrés ; de même, certains actes produisent l'intégralité de leurs effets de manière instantanée au moment de leur entrée en vigueur tandis que d'autres conservent une vocation à s'appliquer jusqu'à leur abrogation ou leur modification. Il apparaît essentiel, dans un ordre juridique en mouvement constant, de permettre qu'un contrôle continue à être exercé à l'égard de tels actes, alors même que le délai de recours par voie d'action aurait expiré, selon des modalités respectueuses de la stabilité des situations juridiques.

262. L'institution préalable d'un délai pour agir s'avère ainsi nécessaire à la réalisation d'un équilibre procédural entre la stabilité des situations juridiques et le droit au recours (**Section 1**). Précisé par les modalités pratiques de sa mise en œuvre (**Section 2**), il est également affiné par l'encadrement des possibilités de contrôle de la légalité d'actes juridiques définitifs par voie d'exception (**Section 3**).

Section 1 - Le délai pour agir, instrument procédural de l'équilibre entre la stabilité des situations juridiques et le droit au recours

263. L'institution même d'un délai pour agir a pour fonction de garantir la sécurité juridique face aux risques engendrés par l'action contentieuse (§ 1). La mise en balance de ce principe avec celui du droit au recours, qui tend à s'y opposer, implique la prévalence de l'un sur l'autre : la brièveté du délai, qui donne ainsi un avantage procédural à la sécurité juridique, ne méconnaît généralement pas le droit au recours effectif (§ 2). Inversement, la priorité que l'ordre juridique confère ponctuellement à certaines valeurs sur celle de la sécurité juridique peut justifier qu'aucun délai ne soit exigé pour exercer l'action (§ 3).

§ 1 - L'existence d'un délai pour agir constitue une garantie de sécurité juridique.

264. Comme l'énonce le professeur Philippe Raimbault, « *l'institution même d'un délai de recours résulte d'élémentaires considérations de sécurité juridique* »⁵⁷¹. En encadrant dans le temps la possibilité de remettre en cause des actes et situations juridiques, ce mécanisme permet de définir un équilibre entre les « *préoccupations contradictoires* »⁵⁷² que sont « *le souci d'assurer l'effectivité du droit au recours juridictionnel, qui permet également, dans l'intérêt général, de purger l'ordre juridique des illégalités qui s'y trouvent, et la nécessité de*

571 Philippe RAIMBAULT, *op. cit.*, p. 91.

572 Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e ed., p. 301.

garantir une certaine stabilité des situations de droit résultant des décisions administratives »⁵⁷³. Il poursuit en ce sens un objectif similaire à celui de la prescription extinctive : ainsi, « entre les mains du législateur, la fixation de ces divers délais constitue un instrument efficace de régulation de la durée juridique »⁵⁷⁴.

265. Les juridictions de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, qui reconnaissent le principe de sécurité juridique, identifient explicitement le lien qui l'unit aux délais de recours, envisagés comme une limitation nécessaire et légitime du droit au recours au sein de l'ordre juridique.

266. Délai et sécurité dans la jurisprudence de la CJUE. La Cour a très tôt souligné que les règles relatives aux délais trouvaient leur fondement dans le principe général de la sécurité juridique et permettaient d'assurer la stabilité des situations. Ses décisions ont envisagé cet objectif selon différents points de vue. L'arrêt *Mosthaf* de 1966 présente ainsi la limitation temporelle de l'exercice des recours comme une garantie de la stabilité des situations, instituée en faveur des sujets de droit : « la sauvegarde de la sécurité des situations et rapports juridiques implique que l'existence des décisions des autorités communautaires régissant ces situations et rapports ne puisse être menacée indéfiniment, sauf en cas de motifs nouveaux et graves »⁵⁷⁵. L'arrêt *Commission c/ Pays-Bas* de 1971 présente plutôt les délais comme une garantie de sécurité institutionnelle, en évoquant « les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33 »⁵⁷⁶ du traité CECA. L'arrêt *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen* de 1976 rapproche ces perspectives en indiquant que « la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion (...) en ce qui concerne les recours de nature fiscale, constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée »⁵⁷⁷. Comme le souligne le professeur Jürgen Schwarze, le principe de sécurité juridique n'est toutefois généralement⁵⁷⁸ « pas appliqué de manière directe pour l'appréciation de la recevabilité des recours (...) mais

573 Gilles PELLISSIER, *Rep. Cont. Adm.*, « Recours pour excès de pouvoir : conditions de recevabilité » (act. Mai 2018), § 302.

574 François OST, *Le temps du droit*, p. 133.

575 CJCE, 15 décembre 1966, aff. 34/65, *Mosthaf*, p. 753, spec. p. 769.

576 CJCE, 6 juillet 1971, aff. 59/70, *Pays-Bas c/ Commission*, § 15. L'article 33 TCECA prévoit le délai du recours en annulation contre les décisions de la Haute Autorité.

577 CJCE, 18 octobre 2007, aff. C-299/05, *Commission c/ Parlement et Conseil*, § 29.

578 Sous réserve de quelques hypothèses dans lesquelles la Cour a dégagé, sur le fondement du principe de sécurité juridique, une exigence de délai raisonnable pour agir. Sur cette question, v. le Chapitre suivant.

seulement par l'intermédiaire de règles concrètes – comme les délais de recours, précisément – et en tant que principe complémentaire d'interprétation »⁵⁷⁹.

267. Si la Cour identifie bien les délais comme un mécanisme de préservation de la « *stabilité juridique* »⁵⁸⁰, elle a souligné que « *pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance* »⁵⁸¹. Conformément à sa jurisprudence faisant découler les concepts de prévisibilité et de certitude du principe de sécurité juridique, elle a également précisé que ce dernier exigeait « *qu'une disposition fixant un délai de forclusion (...) soit fixée de manière claire et précise* » afin que les intéressés « *puissent apprécier en toute connaissance de cause l'importance qu'il y a pour eux à respecter ce délai* »⁵⁸².

268. Délai et sécurité dans la jurisprudence de la CEDH. La Cour de Strasbourg, chargée de garantir le respect du droit d'accéder à un tribunal consacré par l'article 6 § 1, adopte une position similaire en soulignant, aussi bien à propos des délais de recours que des délais de prescription, que le droit à un tribunal, « *dont le droit d'accès (...) ne constitue qu'un aspect* », n'est « *pas absolu* » et « *se prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat* ». Au sujet des premiers, les arrêts *Miragall Escolano et Rodriguez Valin c/ Espagne* de 2000 et 2001 ainsi que l'arrêt *Tricard c/ France* affirment que « *la réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique* ». L'arrêt *Stubblings c/ Royaume-Uni* de 1996 précise, à propos d'un mécanisme de prescription de l'action en responsabilité en matière civile, que « *ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* ». Comme la CJCE, la Cour EDH a insisté sur la nécessité que le délai pour agir présente un degré de clarté et de prévisibilité suffisant pour assurer sa fonction de stabilisation dans le respect du principe général de sécurité juridique.

579 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e ed., p. 1087.

580 CJCE, 18 octobre 2007, aff. 299/05, *Commission c/ Parlement et Conseil*, § 29.

581 CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, *ACF Chemiefarma*, § 19.

582 CJCE, 26 mai 1982, aff. 44/81, *Allemagne c/ Commission*, § 16.

Dans l'affaire *Geouffre de la Pradelle c/ France* de 1992, elle a ainsi jugé que le droit à un recours effectif garanti par l'article 6 § 1 avait été méconnu par une législation relative à la contestation de certains actes administratifs, dont la complexité était propre à « *créer un état d'insécurité juridique (...) quant au mode de calcul du délai de recours* »⁵⁸³.

269. Délai et sécurité dans la jurisprudence nationale. La jurisprudence des juridictions françaises ne comporte pas de formule véritablement comparable à celles qu'emploient les juges européens, cette absence pouvant s'expliquer à la fois par une tradition de sobriété dans la rédaction des motifs des décisions et par la réserve qui a longtemps caractérisé leur approche du principe de sécurité juridique avant les années 2000. Il est néanmoins possible d'en trouver un écho dans le discours para-prétorien, comme l'illustrent notamment les conclusions du commissaire du gouvernement Donnedieu de Vabres sur les arrêts *Martin*, *Piteau* et *Lhuillier* de 1952, qui soulignent que les « *règles rigoureuses de délai* » imposées par la loi aux requêtes contre les décisions administratives ont pour fonction « *d'assurer la stabilité des situations de droit résultant [de ces] décisions* »⁵⁸⁴.

270. Plus récemment, certaines décisions du Conseil d'État ont souligné ce lien de manière explicite. Dans sa décision *Mme Tassius* de 2005, le Conseil d'État relève, à propos de dispositions de la loi du 31 décembre 1968 sur la prescription quadriennale, que « *ces articles ont été édictés dans un but d'intérêt général, en vue notamment de garantir la sécurité juridique des collectivités publiques en fixant un terme aux actions, sans préjudice des droits qu'il est loisible aux créanciers de faire valoir dans les conditions et les délais fixés par ces textes* »⁵⁸⁵. L'arrêt d'assemblée *Czabaj* de 2016 peut également être cité, dans la mesure où il remarque, en négatif, que « *le principe de sécurité juridique (...) implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps* ».

271. Si l'existence même d'un délai pour agir est considéré comme une garantie de sécurité juridique, le degré de protection qu'il offre dépend en grande partie de la durée retenue par le pouvoir normatif. L'institution d'un bref délai de recours contre les actes de la puissance publique, favorable à la stabilisation des situations qu'ils fondent, est généralement jugée conforme au droit au recours par les juridictions qui en assurent le respect.

583 CEDH, 16 décembre 1992, n° 12964/87, *Geouffre de la Pradelle c/ France*, §§ 32-33

584 Jean DONNEDIEU DE VABRES, concl. sur CE, sect., 28 mars 1952, *Piteau, Martin, Lhuillier*, RDP 1952, p. 498.

585 CE, sect., 5 décembre 2005, n° 278183, *Mme Tassius*.

§ 2 - Le droit au recours s'accommode de la brièveté des délais pour agir.

272. En dehors des règles du droit transitoire qui fixent quelques limites au pouvoir normatif lorsqu'il entend modifier la durée des délais applicables à des situations en cours, celui-ci bénéficie d'une latitude très importante pour déterminer dans l'absolu la durée des délais qu'il institue, aussi bien en matière de prescription que de délai de recours.

273. **Délais de prescription.** La « *part d'arbitraire qu'il y a dans toute fixation d'un délai* »⁵⁸⁶ a permis la multiplication, tant en matière civile qu'administrative, de délais spéciaux de prescriptions de durées variables, parallèlement au délai quinquennal de droit commun applicable aux actions personnelles et mobilières et au délai de la prescription quadriennale des dettes des personnes publiques⁵⁸⁷. Ce foisonnement trouve une explication dans la volonté du législateur de faire correspondre la durée des délais de prescription à l'appréciation qu'il porte sur la temporalité propre à chaque domaine d'activité et à chaque droit ou action considéré. Sa liberté pour définir la durée de ces délais de prescription ne semble rencontrer une limite qu'en matière pénale. Encore celle-ci doit-elle être relativisée car, si le Conseil constitutionnel a, dans une décision de 2019, déduit du principe de nécessité des peines et de la garantie des droits qu'« *il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions* »⁵⁸⁸, il n'a pas pour autant fait porter son contrôle sur la durée du délai mais sur le moment de fixation de son point de départ, dans l'hypothèse spécifique des infractions continues.

274. **Brièveté de certains délais de prescription.** Il est, en conséquence, loisible au pouvoir normatif d'instituer des délais de prescription très brefs en fonction des exigences spécifiques de certains domaines, comme l'illustre le cas de la prescription trimestrielle des délits de presse. Cette « *courte prescription (...) a pour objet de garantir la liberté d'expression* »⁵⁸⁹, en empêchant que les auteurs de délits de presse et notamment les journalistes puissent encore être inquiétés pour leurs propos longtemps après les avoir tenus, « *cette épée de Damoclès risquant de peser sur leur travail quotidien de couverture de*

586 Alain BENABENT, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », *Mel. Boyer*, p. 124.

587 Laurent SEUROT, « Le raccourcissement des prescriptions », in *Le temps en droit administratif*, *op. cit.*, p. 29.

588 CC, 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC, *M. Mario S.*

589 Cass. Civ. 2, 14 décembre 2000, n° 98-22.427, *Bull. Civ. II*, n° 173.

l'actualité, et les contraignant à conserver les preuves de leurs allégations »⁵⁹⁰. La Cour de cassation refuse, à cet égard, de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui tentent de remettre en cause le principe de la prescription trimestrielle des délits de presse. Elle estime ainsi que « *le délai de prescription institué par l'article 65, alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 ne porte pas au droit à un recours effectif une atteinte excessive dans la mesure où il procède d'un juste équilibre entre le droit d'accès au juge et les exigences de conservation des preuves propres aux faits que réprime cette loi* ».

275. Délai de forclusion. A la différence de la prescription, qui « *repose toujours, peu ou prou, sur cette idée que l'inaction prolongée du créancier rend acceptable la perte du droit concerné* »⁵⁹¹ et dont la durée tend à s'inspirer d'une certaine conception de la réalité, la forclusion, qui a pour finalité « *d'effacer une prérogative juridique dès lors, et dès lors seulement, que le délai est expiré, sans véritable considération pour la diligence du titulaire ou la pérennité d'un état de fait* »⁵⁹², correspond à un compromis plus abstrait entre la valeur qui est susceptible de bénéficier de l'exercice de la prérogative d'une part, et celle qui profite de l'abstention de son titulaire d'autre part. Si l'expiration du délai de prescription implique donc une reconnaissance de l'existence ou de la disparition d'un droit, l'expiration du délai de forclusion constitue seulement un obstacle à l'accomplissement d'une prérogative et n'emporte en elle-même aucune conséquence du point de vue de la légalité des actes.

276. Délai de recours de droit commun. La fixation de la durée du délai de recours contre les actes de la puissance publique « *doit répondre au souci d'un équilibre optimal entre la possibilité pour le justiciable de saisir son juge et la certitude pour l'Administration et les tiers que les règles et les situations ne peuvent pas être indéfiniment remises en cause* »⁵⁹³. Cet équilibre se réalise communément à travers l'institution du délai de deux mois. Sa brièveté, unanimement reconnue⁵⁹⁴, traduit « *une exigence qui tient à la considération qu'il est d'intérêt général que le sort des décisions de la puissance publique soit fixé aussitôt que possible* »⁵⁹⁵, et paraît généralement conforme au droit au recours⁵⁹⁶. Consacré comme délai de

590 Diane DE BELLESCIZE, « QPC et loi de 1881 : la question de la prescription trimestrielle », *Constitutions* 2012, p. 641.

591 Antoine HONTEBEYRE, *Rep. Dr. Civ.* Dalloz, rubrique « Prescription extinctive », § 37 (act. octobre 2022).

592 *Id.*

593 Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Délai », § 2 (act. avril 2019).

594 Par ex., Florian POULET, « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA* 2019, p. 1088 ; René CHAPUS, *op. cit.* ; Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 301.

595 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 611.

596 CE, 8 juin 1998, n° 185437, *Groupement foncier agricole du domaine de la Cabane*, rec. p. 908.

droit commun devant la juridiction administrative par l'article R. 421-1 du CJA, sous réserve des règles relatives aux délais de distance, il est aussi, notamment, le délai du recours en annulation devant la CJUE. Devant le Conseil d'État de Belgique, le recours pour excès de pouvoir est enserré dans un délai d'une durée comparable de soixante jours.

277. Bien qu'il soit généralement présenté comme opérant une conciliation satisfaisante entre les exigences opposées de la stabilité des situations juridiques et de la protection de la légalité, les spécificités plus ou moins marquées de certains contentieux impliquent différents degrés de variation⁵⁹⁷.

278. Délais de recours supérieurs à deux mois. Certains contentieux de la légalité connaissent ainsi des délais supérieurs à deux mois. Tel est le cas, en droit de l'Union européenne, dans le contentieux de l'annulation des décisions en matière de fonction publique, où le délai est de trois mois conformément aux articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires de l'Union auquel renvoie l'article 270 TFUE. En droit constitutionnel belge, le délai du recours en annulation des actes soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle est de six mois. En contentieux administratif interne, l'article R. 514-3-1 du code de l'environnement prévoit que les tiers intéressés en raison des inconvénients ou des dangers que le fonctionnement d'une installation classée présente peuvent déférer au juge les décisions d'autorisation, d'enregistrement ou de classement d'une telle installation dans un délai de quatre mois. Alors qu'il s'étendait auparavant à un an, ce délai a été réduit « *au motif d'un renforcement de la sécurité juridique* »⁵⁹⁸ des projets concernés par l'adoption du décret du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale unique, qui illustre dans quelle mesure la réduction de la durée d'exposition au risque d'un recours contentieux constitue une technique de renforcement de la stabilité des situations juridiques.

279. Dans d'autres contentieux, des délais de recours inférieurs au droit commun peuvent être retenus.

280. Brièveté des délais de recours en contentieux électoral. Le contentieux électoral, « *considéré comme devant être réglé aussi rapidement que possible* »⁵⁹⁹, est ainsi régi par des

597 Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, p. 93.

598 Thibaut GEIB, Mathilde VERVYNCK, « L'autorisation environnementale unique : une modernisation du droit de l'environnement ? », *RDI* 2017, p. 264.

599 René CHAPUS, *id.*, p. 614.

délais abrégés compris entre vingt-quatre heures et quinze jours selon les hypothèses⁶⁰⁰. A l'occasion du recours exercé contre un décret définissant les modalités de la consultation de la population de Nouvelle-Calédonie sur l'organisation politique résultant de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, le Conseil d'État avait été amené à se prononcer sur la brièveté des délais de recours en matière électorale dans son célèbre arrêt *Sarran et Levacher*⁶⁰¹ : les requérants reprochaient notamment au décret contesté d'avoir réduit de dix à cinq jours le délai prévu par des dispositions réglementaires du code électoral pour engager un recours contre la liste des électeurs arrêtée. Le Conseil d'État avait alors estimé que « *compte tenu de la nature des contestations susceptibles d'être portées devant les juridictions compétentes, les délais de saisine de ces juridictions fixés par le décret attaqué n'ont pas, nonobstant leur brièveté, porté atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction conformément aux principes généraux du droit* ».

281. Il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement Christine Maugué que le juge administratif a tenu compte de circonstances d'espèce caractérisant une protection du droit au recours considérée comme suffisante pour écarter le moyen tiré de sa violation : il est ainsi relevé que les personnes qui se savaient susceptibles d'être exclues de la participation au scrutin avaient pu « *se préparer depuis longtemps à justifier par tous éléments utiles qu'elles remplissent effectivement la condition de domicile en Nouvelle-Calédonie* », condition essentielle alors clairement définie par les accords de Matignon de 1998, et que des mesures avaient été adoptées pour simplifier l'usage des voies de recours, notamment par la dispense du ministère d'avocat. Ces éléments amenaient le commissaire du gouvernement à conclure que « *le décret n'a pas porté une atteinte excessive au droit à un recours effectif* » dès lors que les délais n'avaient pas « *été réduits au point de ne pas garantir l'existence de voies de recours effectives contre les décisions prises pour l'établissement de la liste des électeurs* ».

282. Brièveté des délais de recours en contentieux des étrangers. En droit des étrangers, le recours contre les obligations de quitter le territoire français (OQTF), dont l'effet est suspensif, est soumis à un délai d'un mois par l'article L. 512-1 du CESEDA lorsque cette décision est émise selon la procédure dite normale du départ volontaire. Ce délai est encore susceptible d'être abrégé à 48 heures pour différents motifs, notamment lorsque l'OQTF n'est pas assortie d'un délai de départ volontaire, comme l'envisage le II de l'article L. 512-1, ce

600 Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.*, Dalloz, « Recours de pleine juridiction », § 106.

601 CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, *RFDA* 1998, p. 1081, concl. Christine MAUGÜÉ.

délai pouvant d'ailleurs être retiré par l'administration lorsqu'un motif pouvant justifier son refus apparaît, ou lorsque l'étranger visé par la décision est placé en détention ou assigné à résidence, conformément au III du même article. Les dispositions du IV, qui prévoyaient quant à elles que « *lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur son recours selon la procédure et dans les délais [de 48 heures] prévus au III* » ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'État, au regard du caractère sérieux présenté par le moyen tiré de ce qu'elles auraient porté atteinte au droit au recours effectif découlant de l'article 16 de la DDHC eu égard à la brièveté du délai de recours et aux contraintes résultant pour le requérant de la situation de détention. Le juge administratif saisi d'un tel recours devant se prononcer dans un délai de 72 heures, le Conseil constitutionnel a estimé dans la décision *Section française de l'observatoire international des prisons* que le délai global « *particulièrement bref* » de cinq jours dans lequel l'étranger détenu devait former son recours et le juge statuer sur celui-ci n'opérait pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif poursuivi par le législateur d'éviter le placement de l'étranger en rétention administrative à l'issue de sa détention et, d'autre part, le droit au recours effectif de ce dernier.

283. Il ressort cependant du commentaire autorisé de cette décision que le caractère disproportionné de la restriction du droit au recours ne découle pas de la brièveté du délai elle-même, mais de la conjonction de cet élément avec les contraintes particulières de la situation du détenu. En effet, comme l'a confirmé la décision *Belkacem B.*⁶⁰² rendue quelques mois plus tard, la jurisprudence constitutionnelle ne s'oppose pas à l'instauration de délais très brefs justifiés par certains objectifs législatifs, mais censure les seuls dispositifs dont la sévérité pourrait aboutir à l'absence d'un recours ou à son impuissance systématique. Dans cette décision QPC, le Conseil a ainsi estimé que le délai de recours de 48 heures contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) ne méconnaissait pas « *en lui-même* » le droit à un recours juridictionnel effectif, compte tenu des objectifs poursuivis par le législateur et d'un certain nombre de garanties législatives.

284. En définitive, le droit à un recours juridictionnel effectif n'est pas interprété par les juges comme un obstacle à l'institution de délais spéciaux très brefs tant qu'ils apparaissent

602 CC, 19 octobre 2018, n° 2018-741 QPC, *M. Belkacem B.* [Délai de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière]

justifiés par les objectifs poursuivis par le pouvoir normatif⁶⁰³. Celui-ci dispose en conséquence d'une importante marge de manœuvre lui permettant de favoriser la stabilité des situations juridiques. Il peut cependant privilégier ponctuellement d'autres valeurs en permettant que certaines actions soient exercées sans condition de délai ou que le délai de recours ne soit pas opposé.

§ 3 - Certains mécanismes juridiques peuvent exclure l'existence de délais ou s'opposer à leur déclenchement.

285. Si les délais de recours et de prescription constituent des garanties de sécurité juridique, la prise en compte de certaines valeurs par l'ordre juridique peut impliquer la neutralisation de ces mécanismes. Deux institutions classiques permettent ainsi de s'opposer à la stabilisation par l'effet du temps qu'ils réalisent : celle de l'imprescriptibilité⁶⁰⁴ et celle de l'inopposabilité des délais de recours. Leur capacité à exclure l'existence ou à empêcher l'opposabilité d'un délai dépend de la supériorité de la règle sur laquelle ils reposent par rapport à la valeur conférée au principe de sécurité juridique.

286. Imprescriptibilité contre prescription acquisitive. L'imprescriptibilité est notamment susceptible de contrer la mise en œuvre de la prescription acquisitive instituée par le code civil⁶⁰⁵. Ainsi, le principe législatif d'imprescriptibilité des biens du domaine public, consacré dès l'Ancien Régime à propos des biens de la Couronne et repris à la période contemporaine par l'article L. 52 du code du domaine de l'État avant que l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques ne lui succède, « *fait obstacle (...) à ce qu'une personne publique puisse être dépossédée d'un bien de son domaine public du seul fait de sa détention prolongée par un tiers* »⁶⁰⁶, même si ce dernier est de bonne foi. Il interdit l'appropriation par usucapion des biens affectés à l'intérêt général, et permet à la personne publique dépossédée de revendiquer perpétuellement leur propriété.

287. En application de ce principe, l'État a pu légalement exiger, après environ deux cents ans, la restitution de la statuette du « Pleurant n° 17 » appartenant à l'ensemble ornant le tombeau de Philippe II le Hardi, qui avait été incorporée au domaine national en 1789 mais

603 V. également CC, 27 septembre 2019, n° 2019-805 QPC, *Union de défense active des forains* [Obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles], *Gaz. Pal.* 2020, n° 4, p. 24, act. Bertrand SEILLER.

604 Sur ce point v. Christophe TESTARD, « L'imprescriptibilité », in *Le temps en droit administratif*, *op. cit.*, p. 235.

605 Voir à propos d'un cas singulier : Philippe YOLKA, « Usucapion », *AJDA* 2019, p. 2209.

606 CC, 26 octobre 2018, n° 2018-743 QPC, *Société Brimo de Laroussilhe* [Inaliénabilité et imprescriptibilité des biens du domaine public].

qui en avait été soustraite « à une date et dans des circonstances indéterminées », jusqu'à ce qu'elle soit retrouvée au début du XIX^{ème} siècle chez un particulier puis transmise par voie successorale jusqu'en 2014⁶⁰⁷. Une affaire similaire, concernant la restitution de la sculpture du « fragment à l'Aigle » du jubé de la cathédrale de Chartres, qu'un antiquaire avait acquis en 2002, a donné lieu à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. Par sa décision *Société Brimo*, le Conseil constitutionnel a reconnu formellement la conformité à la constitution de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, et a jugé que ses dispositions n'étaient pas susceptibles de porter atteinte à des situations légalement acquises ni aux conventions légalement conclues.

288. Imprescriptibilité contre prescription extinctive. L'imprescriptibilité peut également s'opposer à l'extinction de certaines actions ou prérogatives. Ainsi, en matière pénale, le principe de prescription de l'action publique, qui repose sur l'idée selon laquelle « en raison de l'écoulement d'un certain temps, la société n'a plus d'intérêt à poursuivre l'infraction ou à exiger l'exécution de la peine qui aurait été prononcée », s'écarte « dans le cas des crimes les plus graves, à propos desquels on n'admet plus que le temps en efface le souvenir »⁶⁰⁸. L'article unique de la loi du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dispose en ce sens que ces crimes sont « imprescriptibles par leur nature ». La Cour de cassation, dans l'arrêt *Klaus Barbie* à l'occasion duquel elle a reconnu l'applicabilité de cette incrimination à des faits antérieurs à l'adoption de la loi, a d'ailleurs souligné que la prescription des infractions ne constituait pas « dans l'ordre juridique interne français, un dogme absolu de droit naturel »⁶⁰⁹.

289. Imprescriptibilité en droit public. L'imprescriptibilité concerne également, en droit public, le pouvoir de police, sur lequel le temps est « sans prise »⁶¹⁰ : il s'agit d'une conséquence de l'association de la souveraineté de l'État, qui « doit toujours rester maître de son destin et conserver le pouvoir de décider ce que les situations exigent »⁶¹¹, et du principe d'adaptation constante. Le Conseil d'État a ainsi pu rappeler que les dispositions de l'ancien article 2262 du code civil, relatif à la prescription trentenaire, étaient « sans influence sur

607 CE, 21 juin 2018, n° 408822, *Société Pierre Bergé*, AJDA 2018, p. 1303, RFDA 2018, p. 1057, note Jean-François GIACUZZO.

608 François OST, *op. cit.*, pp. 140-141.

609 Cass. Crim., 26 janvier 1984, n° 83-94.425, *Bull. Crim.* 1984, n° 34.

610 Mattias GUYOMAR, concl. sur CE, ass., 8 juillet 2005, n° 247976, *Société Alusuisse-Lonza-France*, RJEP/CJEG 2005, p. 317, accessibles sur Ariane.

611 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 786.

*l'exercice par l'administration des pouvoirs de police qui lui sont reconnus par la loi »⁶¹². En 2005, l'arrêt d'assemblée *Alusuisse-Lonza-France* a affirmé dans le même sens, et à propos de la police des installations classées, que « *les pouvoirs de police spéciale conférés par la loi à l'autorité administrative peuvent, par leur objet et leur nature même, être exercés par celle-ci à toute époque (...) dès lors que [se] manifestent des dangers ou inconvénients de la nature de ceux auxquelles la législation des installations classées a pour objet de parer* ».*

290. Mécanismes d'inopposabilité du délai de recours en contentieux administratif.

Bien qu'il concerne un objet différent, le mécanisme de l'inopposabilité du délai de recours est, dans ses effets, très proche de l'institution de l'imprescriptibilité : il empêche la forclusion et autorise donc l'exercice du recours sans considération du temps écoulé. Le juge administratif admet plusieurs hypothèses d'inopposabilité du délai de recours à l'encontre d'un acte en vigueur. Le régime des actes administratif se prête en effet à des distinctions entre l'opposabilité de l'acte et le déclenchement du délai de recours à son encontre, qui peuvent être soumis à l'accomplissement de mesures d'une même nature mais dont les modalités diffèrent. Tel est le cas des actes réglementaires, qui peuvent acquérir un caractère opposable à compter de leur publication⁶¹³. Si celle-ci peut être accomplie par leur affichage, une telle mesure de publicité peut toutefois s'avérer insuffisante au regard des exigences textuelles applicables pour déclencher le délai de recours⁶¹⁴. Alors que l'inopposabilité du délai de recours à l'encontre des actes réglementaires résulte d'une lecture *a contrario* des dispositions textuelles relatives au déclenchement du délai, elle découle, en ce qui concerne les actes individuels, d'un choix normatif formel. Reprenant le principe introduit en droit administratif interne par le décret du 28 novembre 1983, les dispositions de l'article R. 421-5 du code de justice administrative prévoient ainsi que « *les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision* ».

291. Ce principe réglementaire applicable aux décisions individuelles explicites a été étendu, par l'article 19 de la loi DCRA du 12 avril 2000, aux cas dans lesquels une décision implicite de rejet naît sans qu'un accusé de réception mentionnant les voies et délais de

612 CE, 16 octobre 1992, n° 100033, *Laroumanie*.

613 Art. L. 221-2 CRPA.

614 Par ex., CE, 3 décembre 2018, n° 409667, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2019, p. 706, note Laetitia JANICOT ; RDP 2018, p. 521, chron Hélène PAULIAT.

recours ait été délivré à l'usager⁶¹⁵. Depuis 2007, l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme institue un mécanisme comparable⁶¹⁶ au bénéfice des tiers à une autorisation individuelle d'urbanisme, en prévoyant que « *le délai de recours contentieux à l'encontre d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir court à l'égard des tiers à compter du premier jour d'une période continue de deux mois d'affichage sur le terrain des pièces mentionnées à l'article R. 424-15* » du même code.

292. Ces règles partagent une finalité commune évidente. L'obligation d'information prévue par l'article R. 421-5 du CJA « *se comprend, dès l'origine, comme une garantie de l'effectivité du droit au recours des administrés* »⁶¹⁷, et le rapport au président de la République qui accompagnait le décret de 1983 la décrivait comme une des règles ayant pour objet d'« *assurer une meilleure protection des administrés* »⁶¹⁸. De même, l'obligation d'affichage sur un panneau du permis de construire comportant les mentions suffisantes a pour objet « *de permettre aux tiers, à la seule lecture de ce panneau, d'apprécier l'importance et la consistance du projet* »⁶¹⁹ tandis que « *la mention relative au droit de recours, qui doit figurer sur le panneau d'affichage du permis de construire en application de l'article A. 424-17 du code de l'urbanisme, permet aux tiers de préserver leurs droits* »⁶²⁰. Ainsi, ces dispositions manifestent l'une et l'autre la volonté du pouvoir réglementaire de faire prévaloir le droit au recours, à travers la transmission des informations nécessaires à son exercice, sur la sécurité juridique que permet le mécanisme de la forclusion.

293. Elles se distinguent toutefois dans la mesure où l'inopposabilité prévue par le code de justice administrative résulte d'un acte instantané, la notification irrégulière des voies et délais de recours contre une décision individuelle, tandis que celle du code de l'urbanisme dépend d'une condition de durée au terme de laquelle les tiers seront forclos, si le bénéficiaire du permis s'est conformé aux exigences textuelles. Dès lors, si le bénéficiaire du permis de construire peut lui faire acquérir un caractère définitif en se conformant aux exigences du code

615 Ces dispositions sont désormais codifiées à l'art. L. 112-6 du code des relations entre le public et l'administration.

616 Selon Rémi Rouquette, « *à supposer qu'il existe une différence juridique un délai non déclenché et un délai inopposable, elle est particulièrement tenue et les deux situations peuvent en pratique être assimilées* » (in *Petit traité du procès administratif*, 8^e ed., p. 601).

617 Florian POULET, « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA* 2019, p. 1088 ; Frédéric ROLIN, « Demande d'abrogation de la norme contenue dans la décision du Conseil d'État rendue le 13 juillet 2016 », *Le Blog Droit Administratif* (blogdroitadministratif.net), 14 juillet 2016.

618 Rapport au Président de la République sur le décret du 28 novembre 1983, *JORF* du 3 décembre 1983, p. 3492.

619 CE, 16 octobre 2019, n° 419756, *Tepelian*.

620 CE, 15 avril 2016, n° 375132, *Marcon*.

qu'il n'aurait pas respectées immédiatement, l'administration auteure d'une décision irrégulièrement notifiée n'a d'autre choix, afin de déclencher le délai de recours, que de procéder à sa notification régulière. Cette circonstance impliquait, sur le plan technique et notamment en raison des modalités de preuve et des contraintes particulières de l'activité administrative, une importante précarité des décisions individuelles irrégulièrement notifiées, qui ont longtemps été exposées au risque d'un recours à toute époque.

294. Ainsi les dispositions de l'article R. 421-5 du CJA ne bénéficiaient-elles pas d'une faveur unanime, le professeur Chapus estimant notamment que « *l'intérêt général* » était « *desservi* » par elles, « *étant donné la prolongation indéfinie des possibilités de recours et l'incertitude quant au sort des décisions* »⁶²¹. Sensible aux exigences de la stabilité des situations juridiques fondées sur les actes de l'administration, le Conseil d'État a finalement réduit de manière significative la portée de ces mécanismes d'inopposabilité du délai de forclusion du recours contentieux en consacrant dans l'arrêt *Czabaj*, sur le fondement du principe général de la sécurité juridique, l'existence d'un délai subsidiaire⁶²².

295. En dehors des hypothèses dans lesquelles la prévalence de certains principes juridiques ou la priorité donnée à certains objectifs politiques se traduit par l'absence de délai pour agir, cette condition procédurale permet aux pouvoirs publics de concilier le droit au recours et l'exigence de stabilité des situations juridiques en avantageant plus ou moins l'une de ces deux valeurs. Une fois cet équilibre arrêté, il est nécessaire d'en préciser les modalités de mise en œuvre.

Section 2 - Les modalités de l'encadrement temporel de l'exercice du recours par voie d'action

296. L'équilibre entre la stabilité des situations juridiques et des valeurs qui entrent en concurrence avec elle, que réalise l'institution d'un délai, dépend pour une large part de considérations techniques. Au premier rang de celles-ci se trouve certainement la question du point de départ des délais (§ 1), qui détermine nécessairement le moment de leur extinction. Il convient également de tenir compte des événements susceptibles, lorsqu'ils surviennent pendant son déroulement, d'affecter son cours et d'altérer sa durée (§ 2).

621 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 616.

622 V. sur cette question le Chapitre suivant.

§ 1 - Le déclenchement du délai

297. Le commencement ou déclenchement d'un délai permet sa computation et se traduit par son opposabilité aux personnes susceptibles d'exercer la prérogative ou le droit auquel il s'applique.

298. En matière de délai de recours, le principe est que le délai commence à courir lorsque les personnes intéressées par un acte ont obtenu connaissance de son existence et de son contenu⁶²³. Cette prise de connaissance est objectivement établie par l'accomplissement des mesures de publicité considérées comme appropriées au regard de la nature générale ou particulière de l'acte : l'article R. 421-1 du code de justice administrative et l'article 263 TFUE prévoient ainsi l'un et l'autre que les recours contre les décisions publiques pouvant être déférées au juge doivent être formés dans un délai de deux mois à compter de leur publication ou de leur notification (A). A défaut, le droit européen et le droit interne s'accordent pour admettre, à certaines conditions, le commencement du délai à la date à laquelle le requérant a obtenu ou manifesté une connaissance de l'acte jugée suffisante (B).

A - La condition principale du déclenchement du délai : l'accomplissement objectif des mesures de publicités adéquates

299. Les mesures de publicité permettant de déclencher le délai de recours contentieux ont pour fonction de permettre aux destinataires des actes considérés d'en prendre connaissance, afin de pouvoir s'y conformer ou de les contester devant le juge. Elles varient donc en fonction de la nature de la relation instituée entre l'acte et les sujets de droit qu'il est susceptible d'intéresser : les actes généraux, qui s'adressent à un ensemble indéterminé de personnes, doivent être portés à la connaissance de tous par l'accomplissement de mesures de large diffusion (1), tandis que les actes particuliers doivent être notifiés aux personnes qu'ils concernent (2). A défaut, l'insécurité juridique que suscite l'absence d'information quant à l'existence de l'acte est sanctionnée par la neutralisation de la forclusion du délai de recours contentieux.

623 CEDH, 25 janvier 2000, n° 38366/97, *Miragall Escolano et a. c/ Espagne*, § 37 : à propos des décisions juridictionnelles, mais selon un raisonnement transposable aux actes juridiques d'une manière générale, la Cour souligne que « le droit d'action ou de recours doit s'exercer à partir du moment où les intéressés peuvent effectivement connaître les décisions judiciaires qui leur imposent une charge ou pourraient porter atteinte à leurs droits ou intérêts légitimes ».

1 - Le déclenchement du délai de recours à l'encontre des actes généraux.

300. Publication ou affichage. Dans le cas d'un acte dépourvu de destinataire particulièrement identifié, tel qu'un acte réglementaire ou une décision d'espèce, la mesure de publicité déclenchant le délai de recours est généralement la publication ou l'affichage. Seule une mesure de diffusion collective apparaît de nature à permettre à l'ensemble des intéressés de prendre connaissance d'un acte de portée générale, dont les destinataires forment un ensemble virtuellement abstrait et auxquels il est matériellement impossible d'adresser individuellement une notification. En toute hypothèse, la notification d'un acte réglementaire ne constitue pas une mesure suffisante pour déclencher le délai de recours, même à l'égard du destinataire de cette notification, auquel la connaissance acquise ne peut être opposée⁶²⁴.

301. Publication obligatoire au Journal officiel. Lorsque la publication au Journal officiel est prévue par un texte comme la seule formalité conditionnant l'entrée en vigueur et l'opposabilité d'un acte, son accomplissement emporte également le commencement du délai de recours à son encontre. Il en va de la sorte pour les actes réglementaires du gouvernement et des autorités centrales, dont la publication au Journal officiel de la République française, aujourd'hui prévue par l'article L. 221-9 du code des relations entre le public et l'administration, suffit à déclencher, le jour même⁶²⁵, le délai de recours⁶²⁶. Comme le souligne le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur l'arrêt de section *Millon* de 2005⁶²⁷, cet effet de la publication au sein du Journal officiel découle « *de son statut, des conditions de sa diffusion et de la nécessité impérieuse que les délais de recours contre les actes les plus importants des autorités nationales connaissent un début et une fin* ».

302. Publication obligatoire dans un recueil administratif. En ce qui concerne les autres actes, l'arrêt *Millon* précise que « *la publication d'une décision administrative dans un recueil autre que le journal officiel fait courir le délai du recours contentieux à l'égard de tous les tiers si l'obligation de publier cette décision dans ce recueil résulte d'un texte législatif ou réglementaire lui-même publié au Journal officiel de la République française* ». C'est ainsi par « *idée de contagion* »⁶²⁸ que la publication dans un recueil administratif peut produire un

624 CE, 19 février 1993, n° 106792, *Nainfa*, rec. T. 945.

625 La date de déclenchement du délai de recours est ainsi légèrement antérieure à la date d'entrée en vigueur, fixée au lendemain de la publication.

626 Conformément à une jurisprudence constante : CE, ass., 12 avril 1972, n° 82681, *Brier*, rec. p. 272.

627 CE, sect., 27 juillet 2005, n° 259004, *Millon*, rec. p. 336 ; *BJCL* 2005, p. 636, concl. Emmanuel GLASER.

628 Emmanuel GLASER, *id.*

effet déclencheur du délai de recours comparable à la publication au Journal officiel, plus solennelle.

303. Publication des actes des institutions européennes au JOUE. Les règles relatives à la détermination du point de départ du délai de recours contre les actes généraux des institutions européennes reposent sur une logique similaire⁶²⁹. Ainsi, l'article 297 TFUE prévoit la publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) des actes législatifs, des règlements, des directives adressées à tous les États membres, ainsi que des décisions qui n'indiquent pas de destinataire. Le délai ne commence toutefois pas à courir à la date même de cette publication, comme c'est le cas en droit interne, dès lors que les règlements de procédure de la Cour et du Tribunal prévoient que le délai est à compter « *à partir de la fin du quatorzième jour suivant la date de la publication de l'acte au Journal officiel de l'Union européenne* ». La jurisprudence considère que cette règle concerne tout acte publié, sans restriction : elle s'applique ainsi aux actes qui sont publiés au JOUE alors même qu'ils ne relèvent pas de l'une des catégories visées par l'article 297 TFUE⁶³⁰, et aux actes des institutions européennes qui sont publiés par d'autres moyens, notamment sur le site internet de l'organe ou de l'institution auteur de l'acte⁶³¹.

304. Efficacité de la publication obligatoire. Le Conseil d'État exige, pour que la publication d'un acte administratif au Journal officiel ou dans un recueil déclenche le délai de recours prévu par l'article R. 421-1, que celle-ci soit complète ou, à défaut, qu'elle soit de nature à informer suffisamment les intéressés quant au contenu de l'acte⁶³². Si la publication partielle d'un acte est ainsi susceptible de faire courir le délai de recours, elle ne s'oppose pas, en ce qui concerne les actes qui ne sont pas individuels, à ce que soient invoqués postérieurement à son expiration des moyens tirés d'illégalités que seule une publication complète aurait permis de connaître⁶³³. Le juge européen confère davantage de portée à une publication incomplète au JOUE. Il admet en effet que « *le fait pour la Commission de*

629 Martin MANKOU, « La computation des délais de recours dans le contentieux communautaire de l'annulation », *Europe* 2007, n° 4, étude 4.

630 TPICE, ord., 25 mai 2004, aff. T-264/03, *Schmoldt*, §§ 51-62. L'application du délai de quatorze jours « *ne saurait être écartée au motif que, la publication de la décision attaquée n'étant pas obligatoire et ne relevant pas d'une pratique constante de l'institution, la date de la publication ne peut pas être prise en compte en tant que telle mais uniquement en tant que date de la prise de connaissance de la décision attaquée* » (§ 55).

631 CJUE, 26 septembre 2013, aff. C-625/11, *PPG et SNF c/ ECHA*, §§ 30-32.

632 A propos de la publication au journal officiel : CE, 29 décembre 2004, n° 259093, *Société Laboratoire GlaxoSmithKline*, rec. p. 469.

633 CE, 2 juin 1978, n° 02513, *Sigmaringa*.

donner aux tiers un accès intégral au texte d'une décision placée sur son site Internet, combiné à la publication d'une communication succincte au Journal officiel de l'Union européenne permettant aux intéressés d'identifier la décision en question et les avisant de cette possibilité d'accès par Internet, doit être considéré comme une publication »⁶³⁴ aux sens des stipulations du TFUE.

305. Mesures de publicité complémentaires. Dans l'hypothèse où l'obligation de publier l'acte dans un recueil officiel est accompagnée par le texte de mesures de publicité complémentaires, le déclenchement du délai sera provoqué par l'accomplissement de la mesure la plus tardive. Si des modalités alternatives sont prévues, il semble que la publication soit la seule mesure de nature à faire courir le délai de recours. Le Conseil d'État estime ainsi que l'affichage d'un acte réglementaire d'un département au siège de cette collectivité, qui constitue une mesure de publicité susceptible de rendre un tel acte opposable, « *ne suffit pas à faire courir le délai de recours* », contrairement aux différentes modalités de publication au format papier ou électronique prévues par l'article L. 3131-3 du code général des collectivités territoriales. Cette solution, justifiée par le degré d'information très relatif permis par l'affichage par rapport aux dimensions géographiques des départements, paraît pouvoir s'étendre aux régions, mais il est probable qu'elle ne remette pas en cause la jurisprudence constante selon laquelle l'affichage constitue une mesure suffisante pour faire courir le délai de recours contre les actes réglementaires des communes.

306. Publication libre dans un recueil officiel. Lorsqu'elle n'est pas prévue par un texte lui-même publié au Journal officiel de la République française, la publication dans un recueil officiel ne provoque pas nécessairement le commencement du délai de recours, alors même qu'elle serait suffisante pour permettre l'entrée en vigueur de l'acte. L'arrêt *Millon* précise en effet qu'« *en l'absence d'une telle obligation* », le délai de recours n'est déclenché « *que si le recueil peut, eu égard à l'ampleur et aux modalités de sa diffusion, être regardé comme aisément consultable par toutes les personnes susceptibles d'avoir un intérêt leur donnant qualité pour contester la décision* ». Dès lors, si, de manière classique⁶³⁵, une telle publication volontaire au sein d'un recueil suffit à faire courir le délai à l'égard des fonctionnaires et

634 TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, *Olsen / Commission*, § 80 ;

635 Par ex., CE, 9 mars 1917, n° 51895, *Vicaire, rec.*, p. 225.

agents de l'administration qui l'édite, elle est généralement « *sans effet sur l'appréciation du point de départ du délai ouvert aux tiers* »⁶³⁶.

307. Indétermination des mesures de publicité adéquates. Il est possible que la publication ne soit pas exigée et qu'aucun texte ne prévoie de modalités de computation de délai de recours particulières. D'une manière générale, en l'absence de tout régime textuel, il appartient à l'auteur de l'acte d'accomplir des mesures suffisantes, le juge appréciant si le support choisi peut, eu égard à l'ampleur et aux modalités de sa diffusion, être regardé comme aisément consultable par les personnes susceptibles d'avoir intérêt à contester la décision⁶³⁷. L'affichage en mairie peut, dans certains cas, constituer une mesure adaptée. Cette forme de publicité, admise pour les actes des autorités municipales par exception aux exigences de l'article R. 421-1 du CJA, peut également l'être pour ceux d'autorités déconcentrées, la preuve de l'affichage résultant en toute hypothèse d'une attestation établie par le maire. Selon le commissaire du gouvernement Glaser, cette solution s'explique « *par la place de la mairie dans la tradition républicaine française et par la taille réduite de l'immense majorité des communes françaises* »⁶³⁸.

2 - Le déclenchement du délai de recours à l'encontre des actes individuels.

308. Notification des décisions explicites. En ce qui concerne les décisions individuelles explicites, le déclenchement du délai de recours pour leur destinataire résulte de la notification de cette décision : le délai commence dès lors à courir à la date de son accomplissement. Ce procédé d'information vise à assurer que le sujet de droit directement individualisé par un acte a pris connaissance de ce dernier. L'accomplissement d'une autre mesure d'information est sans incidence sur le déclenchement du délai de recours ouvert au destinataire d'une décision qui doit lui être notifiée⁶³⁹ : ainsi, « *en cas de superposition d'une notification et d'une publication, la Cour considère que la notification prime sur la publication* »⁶⁴⁰.

636 Jean RAYMOND, « La publication de l'acte administratif, point de départ du délai du recours contentieux ouvert à son encontre ? », *Jcp A* 2008, n° 49-50, étude 2278 ; par ex., CE, 31 janv. 1979, n° 06748, *De Barnier*, rec., p. 34.

637 V. par ex. CE, 27 mars 2020, n° 435277, *Jcp A* 2020, n° 15, act. 228 Clemmy FRIEDRICH.

638 Emmanuel GLASER, *id.*

639 Alors même que les décrets devant être notifiés auraient été publiés au Journal officiel et que les intéressés en auraient eu connaissance : CE, 29 décembre 2000, n° 197739, 202564, 202565, *Treysac*, rec. p. 651 ; v. dans le même sens CE (Belgique), 27 janvier 2004, n° 127.470, *Lebas et consorts*, qui juge que « *lorsqu'un acte administratif doit être notifié, le délai de recours commence à courir à compter de cette notification et non pas à partir de la date à laquelle le destinataire de celle-ci prend connaissance de l'existence de ladite décision, ni même d'ailleurs à partir de la date à laquelle l'acte aurait été publié* » (également CE (Belgique), 28 juillet 2015, n° 232.005, *Bertouil*).

640 Martin MANKOU, *id.* ; dans le même sens, v. Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural law*, Oxford University Press, 2014, p. 406, n° 7.213.

309. Modalités et preuve de la notification. Comme la publication, la notion de notification est susceptible de recouvrir une variété de techniques⁶⁴¹ : elle est notamment définie comme « *le procédé par lequel une décision individuelle explicite est portée à la connaissance de l'intéressé, soit par sa remise directe à ce dernier, soit par un envoi par lettre recommandée avec avis de réception, soit de manière plus exceptionnelle de façon verbale* »⁶⁴². La question du moyen retenu pour réaliser la notification est toutefois d'une importance moindre que celle de sa preuve. Dans la mesure où la charge repose sur l'auteur de l'acte, qui doit établir la date à laquelle le destinataire en a eu notification afin de pouvoir lui opposer une forclusion, l'envoi de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception doit être privilégié dès lors qu'il « *permet de déterminer avec certitude le dies a quo* »⁶⁴³, à la différence d'autres modalités fournissant moins de garanties, telles que l'envoi par lettre simple ou l'information orale.

310. Efficacité de la notification. Pour être efficace, la notification doit être complète, c'est-à-dire contenir l'intégralité de la décision ou tout au moins les éléments permettant à son destinataire d'obtenir une connaissance exacte de son contenu. Selon la jurisprudence de la CJUE, la transmission d'un « *résumé laconique* » ne satisfait pas à cette exigence et ne permet pas le déclenchement du délai⁶⁴⁴. La jurisprudence administrative interne considère qu'il appartient au destinataire de demander la communication de la décision complète dans le délai du recours contentieux⁶⁴⁵, la réponse explicite ou implicite apportée à la demande permettant d'établir le point de départ du délai.

311. Mention des voies et délai de recours. Il résulte par ailleurs des dispositions de l'article R. 421-5 du code de justice administrative⁶⁴⁶ que la notification d'une décision administrative individuelle n'emporte le déclenchement du délai de recours à son encontre qu'à la condition que ce délai et les voies de recours soient exactement renseignés⁶⁴⁷. À défaut de toute information, le délai de recours de l'article R. 421-1 ne peut être ainsi opposé et la

641 David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 170.

642 Paul CASSIA, obs. sur CE, sect., 13 mars 1998, *Mauline, GACA*, 8^e ed., p. 777.

643 CJCE, 30 mai 1984, aff. C-224/83, *Vittoria c/ Commission*, § 9.

644 CJCE, 9 janvier 1997, aff. C-143/95, *Commission c/ Socurte e.a.*, §§ 31-33.

645 CE, sect, 19 octobre 1962, *Dubost*, rec. p. 558.

646 Cet article, qui succède à l'article 9 du décret du 28 novembre 1983 et à l'article 104 de l'ancien code des tribunaux administratifs, dispose que « *les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision.* ».

647 V. en matière de contentieux du permis de conduire, certaines décisions bénéficiant d'une présomption réfragable de mention des voies et délais de recours : CE, 3 février 2022, n° 454046, *Ministre de l'intérieur c. M. F...*

requête ne peut être considérée comme tardive, sous réserve du respect du délai raisonnable de l'arrêt *Czabaj* qui, n'étant pas considéré par le juge administratif comme un délai de forclusion relevant de ces dispositions, demeure opposable.

312. Décisions implicites. Une logique similaire régit le déclenchement du délai de recours contre les décisions individuelles implicites. Conformément à un principe consacré par l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 relatives aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration et codifié à l'article L. 112-6 du CRPA, « *les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications exigées par la réglementation* ». Dès lors, le délai de recours contre une décision individuelle implicite de rejet commence à courir, à l'égard de son destinataire, à l'expiration du délai de deux mois suivant la réception par l'administration de sa demande, lorsqu'un accusé de réception comportant, conformément aux dispositions de l'article R. 112-11-1 du CRPA, la mention des modalités de naissance d'une décision implicite de rejet et des voies et délais de recours lui a été délivré. Il s'ensuit que « *le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative* », mais ne soustrait pas l'exercice du recours à l'exigence du respect du délai raisonnable.

313. Obligation de mention des voies et délais de recours en droit belge. Des principes proches sont appliqués en droit administratif belge : il résulte en effet de l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, introduit en 1994, que les délais de prescription pour les recours « *ne prennent cours que si la notification par l'autorité administrative de l'acte ou de la décision à portée individuelle indique l'existence de ces recours ainsi que les formes et délais à respecter* ». Il a d'abord été déduit que la méconnaissance de cette obligation permettait que le recours soit admis « *sans limitation dans le temps* »⁶⁴⁸. Par un arrêt d'assemblée générale de 2004, la section d'administration du Conseil d'État a ainsi considéré que cet article « *déroge aux règles relatives à la prescription des recours et revêt le même caractère d'ordre public que celui qui s'attache à ces règles ; qu'il ne souffre pas d'exception ; que l'insécurité juridique que pourrait engendrer cette disposition est due, d'une part, à la carence de l'autorité administrative et, d'autre part, à la volonté du législateur d'assortir sa*

648 Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 315.

méconnaissance d'une sanction radicale et illimitée dans le temps»⁶⁴⁹. En 2006, la loi réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du contentieux des Étrangers a cependant entendu renforcer la sécurité juridique des actes devant être notifiés en introduisant une limite temporelle à la recevabilité des recours : à cette fin, elle a modifié l'article 19, alinéa 2, de telle sorte qu'il prévoit désormais que lorsque l'information sur les voies et délais de recours n'est pas délivrée dans la notification, « *les délais de prescription prennent cours quatre mois après que l'intéressé s'est vu notifier l'acte ou la décision à portée individuelle* ». Par suite, le destinataire de la notification d'une décision ne l'informant pas sur les voies et délais de recours dispose d'un délai de quatre mois et soixante jours pour en demander l'annulation au juge administratif⁶⁵⁰.

314. Absence d'obligation en droit européen. Si le juge européen a reconnu que « *la plupart des États membres connaissent une telle obligation d'information à la charge de l'administration* », il a considéré qu'elle résultait généralement d'une « *intervention du législateur qui l'a imposée et réglementée* », ce dont il a déduit qu'elle ne pouvait être mise à la charge des institutions européennes en l'absence de disposition expresse⁶⁵¹. L'absence de mention des voies et délais de recours ne constitue donc pas, en contentieux européen, un cas général de relevé de forclusion⁶⁵².

315. Alors que la notification régulière et complète d'une décision individuelle permet de déclencher immédiatement le délai de recours à l'égard de son destinataire, il n'en va pas de même à l'égard des tiers qu'elle est susceptible d'intéresser. La communication d'une telle décision à une infinité virtuelle de tiers étant impossible, l'accomplissement de mesures d'information générales complémentaires s'avère nécessaire et peut être exigé par les textes. L'avis de section *Damon* rendu en 2004 est par ailleurs venu préciser que les dispositions de l'article 19 de la loi DCRA et de l'article R. 421-5 du CJA ne s'appliquaient pas au cas du recours des tiers contre des décisions individuelles, mais seulement à celui des destinataires. Il en résulte que les tiers ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité du délai de recours de deux mois pour contester une décision de rejet d'un recours administratif dirigé contre une décision individuelle dont ils ne sont pas destinataires, nonobstant l'absence ou l'irrégularité de la mention des voies et délais de recours.

649 CE (Belgique), ass. gén., 19 juillet 2004, n° 134.024, *Lecocq*.

650 David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 174 et s.

651 CJCE, 5 mars 1999, aff. C-153/98, *Guérin automobiles EURL c/ Commission*, §§ 11-15 ; TPICE, 24 février 2000, aff. T-145/98, *ADT Projet c/ Commission*, § 210.

652 Martin MANKOU, *id.*

316. Ce n'est donc que lorsqu'une disposition prévoit un mécanisme d'inopposabilité du délai de recours spécifique aux tiers que ceux-ci peuvent échapper à la forclusion du délai de recours. L'article R. 600-2 du code de l'urbanisme, adopté à l'occasion de la réforme de 2007 prévoit ainsi que « *le délai de recours contentieux à l'encontre d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir court à l'égard des tiers à compter du premier jour d'une période continue de deux mois d'affichage sur le terrain des pièces mentionnées à l'article R. 424-15* », parmi lesquelles figurent, conformément à l'article A. 424-17 du même code, une mention relative au déclenchement du délai de recours. Si l'absence de certaines mentions est sans incidence sur le cours du délai, le Conseil d'État a jugé par un arrêt *Centre-Hospitalier de Menton-La Palmosa* que « *la circonstance que le panneau d'affichage du permis de construire litigieux ne comportait pas la mention prévue par l'article A. 424-17 du code de l'urbanisme faisait obstacle au déclenchement du délai de recours contentieux à l'égard du requérant* ».

317. En l'absence d'une mesure d'information suffisante, la nécessité d'assurer la stabilité des situations juridiques conduit à admettre le déclenchement du délai par la seule connaissance de la décision litigieuse par les intéressés.

B - La condition subsidiaire du déclenchement du délai : la connaissance de l'acte

318. L'irrégularité ou l'insuffisance des mesures d'information accomplies par l'auteur d'un acte peuvent placer ce dernier dans une situation précaire : si le délai ne commence pas à courir, il est en effet envisageable qu'un recours soit introduit bien après son adoption, et qu'il se solde par la remise en cause rétroactive des effets de l'acte longtemps après leur développement. Pour « *remédier à la situation de fragilité dans laquelle se trouvent les décisions n'ayant pas fait l'objet des mesures de publicité requises* »⁶⁵³, le point de départ du délai de recours peut être fixé de manière subsidiaire à la date à laquelle il est établi que les intéressés ont pris connaissance de l'existence de l'acte et de son contenu.

319. L'idée selon laquelle « *c'est la connaissance de fait des décisions qui va provoquer le déclenchement du délai à l'égard de ceux qui en ont une telle connaissance* »⁶⁵⁴ est couramment désignée par l'expression de « théorie », « règle » ou « principe » de la *connaissance acquise*. Cette expression semble pouvoir recouvrir plusieurs significations.

653 Camille BROUELLE, *op. cit.*, p. 96.

654 René CHAPUS, *op. cit.*, p. 645.

Dans un sens strict et fonctionnel, la connaissance acquise est *celle qui revêt les caractères exigés pour permettre le déclenchement du délai de recours*. Ainsi, selon le professeur Paul Cassia, « une connaissance n'est « acquise », c'est-à-dire est de nature à faire courir le délai de recours contre un acte en dépit de l'absence de sa notification ou de sa publication, que lorsque le requérant peut être réputé connaître sa portée et ses motifs, c'est-à-dire normalement (...) leur contenu et non seulement leur existence »⁶⁵⁵. Une telle connaissance acquise pourrait donc se distinguer d'autres situations dans lesquelles la connaissance « non acquise » d'un acte manifestée par un requérant ne permet pas de lui opposer un délai de recours. Dans un sens plus large, elle peut désigner *la connaissance d'une décision acquise par l'intéressé lui-même*, et qui ne résulte pas de l'accomplissement d'une mesure d'information accomplie par l'autorité compétente, ou dont celle-ci ne peut apporter la preuve. La connaissance acquise se réduit alors à une modalité selon laquelle un intéressé peut obtenir la connaissance du contenu d'un acte : soit la connaissance est *acquise* par l'intéressé, soit elle lui est *conférée* à travers la publicité. Selon les hypothèses, les conséquences découlant de la manifestation de la connaissance acquise seront susceptibles de varier, notamment si le déclenchement du délai de recours n'est pas subordonné à la seule preuve que l'intéressé a connaissance du contenu de l'acte.

320. La mise en œuvre de cette modalité de déclenchement du délai de recours peut résulter des dispositions d'un texte ou, à défaut, d'un « *souci de réalisme* »⁶⁵⁶ inspirant une politique jurisprudentielle.

321. Ainsi, l'article 263, alinéa 6, TFUE prévoit expressément que les recours contre les actes des institutions européennes doivent, à défaut de publication ou de notification, être formés dans un délai de deux mois à compter du jour où le requérant en a eu connaissance⁶⁵⁷. Si ce critère de déclenchement du délai peut permettre d'admettre le recours d'un intéressé qui a connaissance d'une décision avant l'accomplissement de la mesure de publicité adéquate, il remplit une fonction subsidiaire par rapport à ceux que sont la publication au JOUE ou la notification. Il en résulte qu'il a pour fonction essentielle de fixer le point de départ du délai de recours du destinataire d'un acte individuel lorsque celui-ci n'a pas été régulièrement notifié et celui du délai de recours des tiers contre un acte individuel adressé à une autre

655 Paul CASSIA, *GACA*, 8^e ed., *op. cit.* p. 786.

656 Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *op. cit.*, p. 303.

657 Le sixième alinéa de l'article 263 TFUE reprend sur ce point la formulation de l'ancien article 173 du Traité de Rome de 1957.

personne, en l'absence de mesure complémentaire d'information générale telle qu'une publication. La Cour exige, pour caractériser la connaissance acquise permettant de déclencher le délai de recours, que le requérant puisse bénéficier d'un degré d'information suffisant : elle précise ainsi que « *le délai de recours ne saurait courir qu'à partir du moment où le tiers concerné a une connaissance exacte du contenu et des motifs de l'acte en cause de manière à pouvoir faire fruit de son droit de recours* »⁶⁵⁸. A défaut, « *il appartient à celui qui a connaissance de l'existence d'un acte qui le concerne d'en demander le texte intégral dans un délai raisonnable* »⁶⁵⁹, dont la durée est appréciée concrètement au regard des circonstances de chaque espèce. Selon la Cour, « *cette jurisprudence se fonde sur des exigences tenant à la sécurité juridique qui imposent, de la part des destinataires d'un acte, d'agir, lorsqu'ils ne connaissent pas le contenu précis dudit acte, avec diligence en vue d'être suffisamment informés* »⁶⁶⁰.

322. Malgré l'absence d'un texte semblable, la jurisprudence administrative admet de longue date que la connaissance de fait d'une décision administrative peut impliquer l'opposabilité d'un délai pour agir devant le juge. Si le terme de « théorie » de la connaissance acquise est « *consacré par l'usage* »⁶⁶¹, la doctrine souligne à la fois le manque d'unité des solutions fondées sur ce mécanisme et l'absence de théorisation perceptible dans la jurisprudence. Par ailleurs, à la différence notable du droit européen, cette « *règle* »⁶⁶² jurisprudentielle est, en droit interne, susceptible d'entrer en conflit avec les dispositions du CJA et du CRPA selon lesquelles les délais de recours ne sont pas opposables si les voies et délais de recours ne sont pas indiqués lors de la notification d'une décision explicite ou, dans le cas d'une décision implicite, sur l'accusé de réception de la demande à laquelle elle fait suite. Il en résulte que la connaissance acquise joue un rôle de déclencheur subsidiaire du délai de forclusion du recours contentieux plus limité en droit interne qu'en droit européen, où cette notion peut constituer une alternative valable à toute autre mesure de publicité en ce qui concerne la détermination du point de départ de ce délai.

323. En ce qui concerne les actes réglementaires, la connaissance acquise ne permet aujourd'hui le déclenchement du délai que dans une solution relativement marginale, qui n'est

658 CJCE, 6 juillet 1986, aff. C-236/86, *Dillinger Hüttenwerke AG c/ Commission*, § 14.

659 *Ibid.*

660 CJCE, 14 mai 1998, aff. C-48/96, *Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG c/ Commission*, § 26.

661 René CHAPUS, *id.*, p. 645.

662 Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 774.

d'ailleurs pas propre à ce type d'acte. En effet, si la jurisprudence antérieure aux années 1990⁶⁶³ pouvait admettre que la connaissance de fait d'un règlement impliquait le commencement du délai, l'arrêt *Nainfa* de 1993, qui juge que la notification d'un règlement ne suffit pas à le déclencher, est venu confirmer que cette circonstance était en principe sans incidence sur son cours. Dès lors, ce n'est que dans le cas particulier du recours des membres d'un organe collégial contre les décisions adoptées par ce dernier que la connaissance de fait d'une décision réglementaire ou non peut marquer le point de départ du délai, à la condition que le requérant ait participé à la séance de travail au cours de laquelle la décision a été adoptée ou, s'il n'y a pas assisté, qu'il y ait été convoqué. Constituant un des vestiges de la jurisprudence *Martin* de 1905, cette solution jurisprudentielle suscite des incertitudes tant au regard de l'indifférence avec laquelle elle s'applique aux actes de différentes natures, que du « *cas de connaissance de fait fictive* » qu'elle consacre au nom d'une « *préoccupation de réalisme* »⁶⁶⁴. Elle s'écarte naturellement dans les hypothèses dans lesquelles l'acte réglementaire en question doit être publié dans un recueil conformément aux exigences d'un texte lui-même publié au Journal officiel de la République française, une telle mesure étant alors la seule de nature à déclencher le délai de recours.

324. En ce qui concerne les actes individuels, le juge administratif admet que la connaissance acquise peut jouer un rôle de substitut à la notification, qui constitue le mode normal selon lequel de tels actes sont portés à la connaissance des intéressés. Cette connaissance peut être révélée par différents procédés. Il en va ainsi de l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel et de la production de la décision litigieuse par l'intéressé lui-même⁶⁶⁵.

325. Le juge administratif considère de manière classique que l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel révèle une connaissance de la décision visée au plus tard à la date de leur introduction. Jusqu'à la fin des années 1990, la connaissance résultant de l'exercice d'un recours administratif pouvait suffire à déterminer le point de départ du délai de recours contentieux à titre subsidiaire : le Conseil d'État retenait en effet une interprétation restrictive des dispositions de l'article 9 du décret du 28 novembre 1983, illustrée par l'arrêt

663 CE, 14 novembre 1984, n° 38130, 38134, 39020, *Syndicat national de l'aéronautique civile*, rec. p. 360 : « *il n'est pas établi ni même allégué que le règlement ait fait l'objet d'une publication de nature à le rendre opposable aux tiers ou d'une notification au syndicat requérant plus de deux mois avant l'introduction des requêtes ; (...) dès lors, celles-ci ne sont pas tardives* ».

664 René CHAPUS, *id.*, p. 647.

665 V. également Alexandre DESRAMEAUX, « L'information indirecte : une variante de la théorie de la connaissance acquise », *DA* 2009, n° 8-9, ét. 15.

Ville de Saint-Louis de 1994 dans lequel il juge que la connaissance acquise d'une décision empêchait la requérante de se prévaloir des dispositions relatives à l'inopposabilité des délais de recours alors codifiées à l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette jurisprudence, rigoureuse à l'égard des administrés et peu conforme à l'esprit du décret de 1983, qui n'était pas suivie avec uniformité par les cours administratives d'appel, a été abandonnée en 1998 par les arrêts de section *Mauline* et *AP-HP*. Le juge relève très explicitement dans l'arrêt *Mauline* que la connaissance d'une décision établie par l'exercice d'un recours administratif « *est par elle-même sans incidence sur l'application des dispositions de l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* ». Il résulte ainsi de ces deux décisions que le juge administratif distingue la connaissance de la décision elle-même, qui équivaut à la notification, et la connaissance des voies et délais de recours qui peuvent être exercés à son encontre, et dont la mention peut conditionner le déclenchement du délai. En conséquence de ce découplage, la conciliation de la règle jurisprudentielle de la connaissance acquise avec les dispositions de l'article R. 421-5 du CJA implique désormais de distinguer la situation des destinataires d'actes administratifs individuels et celle des tiers, à l'égard desquels l'administration n'est pas également liée par l'obligation d'information sur les voies et délais de recours⁶⁶⁶.

326. Désormais, si le juge reconnaît que **l'exercice d'un recours administratif contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée établit que son auteur a connaissance de cette décision**, celle-ci n'équivaut pas à une connaissance des voies et délais de recours permettant de satisfaire aux exigences de l'article R. 421-5 en ce qui concerne **le destinataire**. Ainsi, « *la connaissance acquise ne serait donc utilement opposable au destinataire que dans le cas très exceptionnel où il aurait produit, à l'occasion d'un recours gracieux ou hiérarchique contre une décision qui lui aurait été mal notifiée (...), la décision administrative litigieuse accompagnée de l'indication (correcte) des voies et délais de recours* »⁶⁶⁷.

327. Il n'en va pas de même pour **les tiers** à un acte administratif individuel. En effet, la notification d'une décision individuelle à son destinataire étant sans incidence sur le déclenchement du délai de recours des tiers, celui-ci ne peut, en principe, commencer à courir à leur égard qu'à la condition que soient accomplies certaines mesures d'information

666 Elise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA* 2013, p. 285.

667 Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 788.

spécifiques. Malgré la réduction de la portée de la règle de la connaissance acquise résultant des arrêts *Mauline* et *AP-HP*, la jurisprudence postérieure a confirmé qu'elle conservait son intérêt pour la détermination du point de départ du délai de recours des tiers en l'absence de telles mesures ou si celles-ci ne sont pas conformes aux exigences de la réglementation.

328. Après l'adoption de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, le Conseil d'État a dû préciser les modalités de mise en œuvre des dispositions de son article 19 prévoyant que les délais de recours contre une décision implicite de rejet d'un recours administratif ne sont opposables qu'à la condition qu'aient été mentionnées, dans l'accusé de réception de la demande, les voies et délais de recours ainsi que les modalités de naissance d'une telle décision de rejet. Une interprétation large de cet article pouvait conduire à frapper la situation de bénéficiaires d'autorisations créatrices de droits d'une grande précarité, en admettant que l'exercice d'un recours administratif contre une telle autorisation par un tiers pouvait impliquer, si un accusé de réception conforme à la réglementation ne lui était pas délivré, que celui-ci ne pouvait se voir opposer aucun délai pour contester devant le juge un refus implicite de revenir sur l'autorisation accordée. Afin de renforcer la stabilité de la situation juridique du bénéficiaire d'un acte créateur de droits susceptible d'intéresser les tiers, l'avis de section *Epoux Damon* de 2004 a cependant retenu une interprétation étroite de ces dispositions, désormais codifiées à l'article L. 112-6 du CRPA, ainsi que de celles de l'article R. 421-5 du CJA. Le Conseil d'État juge en effet que ces dispositions traduisent la volonté du législateur de conférer des garanties aux « *personnes contestant une décision prise à leur égard par une autorité administrative* », mais que celui-ci n'a « *pas entendu porter atteinte à la stabilité de la situation s'attachant, pour le bénéficiaire d'une autorisation administrative, à l'expiration du délai de recours normalement applicable à cette autorisation* ». Il résulte ainsi de cet avis que les mécanismes instituant l'inopposabilité des délais de recours contre les décisions implicites ou les décisions explicites intervenues sans qu'une information sur les voies et délais de recours ait été donnée ne sont pas applicables aux tiers.

329. La connaissance acquise de la décision individuelle se substituant à sa notification ou à toute autre mesure équivalente, la conjonction des jurisprudences *Epoux Damon* et *Mauline* implique qu'elle suffit à elle seule à déclencher le délai de recours à l'égard des tiers, dès lors que celui-ci n'est pas conditionné à une information sur les voies et délais de recours, comme c'est le cas pour le destinataire. Après avoir confirmé que les règles d'opposabilité du délai de

recours aux tiers fondées sur la connaissance acquise étaient également applicables dans les cas dans lesquels l'obligation d'information sur les voies et délais de recours est transférée au bénéficiaire de l'autorisation, le Conseil d'État a tenu à souligner leur compatibilité aux exigences des articles 6 § 1 et 13 de la CESDH : il estime ainsi qu'elles « *poursuivent un but légitime de préservation de la sécurité juridique de la situation des bénéficiaires de permis de construire* », auquel elles sont proportionnées dès lors qu'elles « *permettent aux tiers de former un recours contentieux dans le délai de droit commun de deux mois à compter du rejet du recours administratif qu'ils ont formé* »⁶⁶⁸.

330. La mise en œuvre de la règle de la connaissance acquise révélée par l'exercice d'un recours contentieux obéit à des principes similaires, mais qui exigent de distinguer plus subtilement les situations des destinataires et des tiers. Il est ainsi admis classiquement que **l'introduction d'un recours juridictionnel manifeste chez son auteur la connaissance de la décision visée**. Si cette connaissance est par elle-même sans incidence sur l'exigence d'information sur les voies et délais de recours, conformément à la jurisprudence *Mauline*, il résulte de la jurisprudence *Grandone* que l'introduction d'un recours au fond devant la juridiction compétente permet malgré tout de déclencher le délai de recours⁶⁶⁹. Cette solution « *n'a pas pour objet ou pour effet de faire échec à l'application de l'article R. 421-5 puisque, par définition, le requérant a exercé l'action que cette disposition vise à sauvegarder* »⁶⁷⁰. Traditionnellement, l'utilité première du déclenchement du délai de recours par la saisine de la juridiction est qu'il permet de fixer les limites temporelles au sein desquelles pourront être admis les moyens de légalité relevant de différentes causes juridiques, en application de la jurisprudence *Intercopie*.

331. La décision de 2013 *Mme N'Dre Regnault* est venue préciser les conséquences du déclenchement du délai de recours par la saisine de la juridiction en matière de recevabilité de recours contentieux ultérieurs en indiquant que « *si un premier recours contre une décision notifiée sans mention des voies et délais de recours a été rejeté, son auteur ne peut introduire un second recours contre la même décision que dans un délai de deux mois à compter de la date d'enregistrement du premier au greffe de la juridiction saisie* ». Interprétée littéralement, cette solution paraissait induire que l'exercice d'un recours contre une décision donnée devant

668 CE, 15 avril 2016, n° 375132, *M. Marcon*.

669 CE, 10 octobre 1990, n° 97692, *Ministre des postes et télécommunications c/ Grandone*, rec. p. 916 ; CE, 25 mai 1994, n° 96662, *SA Papeteries Philippe Berges*, rec. T. 955 ; CE, 28 octobre 2009, n° 299252, *Delanoue*, rec. p. 885.

670 Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 792.

n'importe quelle juridiction, même incompétente, suffisait à déclencher le délai de recours, une telle lecture pouvant s'opposer à ce qu'un requérant mal orienté puisse encore saisir le juge compétent dans le délai.

332. L'arrêt de 2016 *Mission locale régionale de Guyane* a permis de dissiper les incertitudes suscitées par ce précédent en soulignant que « *ni le recours devant une juridiction incompétente ni la notification d'une décision de rejet par une telle juridiction ne sont de nature à faire courir les délais de recours devant le juge administratif à l'encontre de la décision litigieuse* »⁶⁷¹. Le rapprochement de ces solutions et de la jurisprudence *Mauline* permet d'entrevoir que les tiers à un acte individuel sont une nouvelle fois plus exposés à l'application de la règle de la connaissance acquise que ne le sont les destinataires. En effet, alors que la manifestation de la connaissance d'une décision individuelle résultant de l'introduction d'un recours juridictionnel est sans incidence pour les destinataires⁶⁷², qui sont prémunis du déclenchement du délai de recours contentieux en l'absence d'information sur les voies et délais de recours, elle doit impliquer son commencement à l'égard des tiers, en dehors des seules hypothèses envisagées par l'arrêt *Mission locale régionale de Guyane* dans lequel le délai de recours est conservé par la saisine d'une juridiction incompétente.

333. Parallèlement aux hypothèses classiques dans lesquelles la manifestation de la connaissance acquise de la décision individuelle résulte de l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel, **le juge administratif a reconnu de nouvelles situations dans lesquelles la connaissance acquise est révélée par la production de la décision par le requérant lui-même.** Ainsi, il résulte de l'arrêt de 2008 *Société Défi France* que la production de la décision litigieuse **devant le juge** par le requérant indique qu'il a eu connaissance de cette décision au plus tard à la date de sa production. De même, dans l'arrêt de 2009 *Société Holding JLP*, le Conseil d'État juge que l'envoi à l'administration de la décision litigieuse **dans le cadre d'une « démarche administrative » distincte d'un recours administratif** implique que le requérant doit être regardé comme ayant eu connaissance de cette décision au plus tard à la date à laquelle l'administration en a accusé réception. Dès lors que l'arrêt de 2008 concernait le recours d'un tiers à une autorisation administrative et celui

671 CE, 25 mars 2016, n° 387755, *Mission locale régionale de Guyane*.

672 CE, 8 juillet 2002, n° 229843, *Hôpital local de Valence d'Agen*, rec. p. 265 : « *Considérant que si la formation d'un recours juridictionnel, tendant à ce qu'une expertise soit ordonnée pour préciser les conditions dans lesquelles une décision administrative est intervenue, établit que l'auteur de ce recours a eu connaissance de ladite décision au plus tard à la date à laquelle il l'a formé, une telle circonstance est, par elle-même, sans incidence sur l'application des dispositions précitées relatives à la mention des voies et délais de recours* ».

de 2009 le recours d'un acquéreur évincé par une décision de préemption, dont la situation est assimilée à celle d'un destinataire d'acte individuel, il est possible d'observer que les conséquences de ces manifestations de la connaissance acquise sont en parfaite harmonie avec les jurisprudences *Mauline* et *Epoux Damon* : la production devant le juge de la décision litigieuse par un tiers révèle qu'il en a connaissance et suffit à elle seule à déclencher le délai de recours ; la production de la décision à l'occasion d'une démarche administrative emporte, pour un requérant assimilé à un destinataire, le commencement du délai de recours si la partie requérante est « *réputée avoir eu connaissance de cette décision et des voies et délais de recours, dans des conditions et garanties équivalentes à la notification prévue à l'article R. 421-5 du code de justice administrative* ».

334. Ainsi, la mise en œuvre de la règle de la connaissance acquise dans le contentieux des actes individuels témoigne à la fois du souci de réalisme du juge et de sa volonté que le degré d'information nécessaire à l'exercice du droit au recours soit garanti aux requérants. En effet, il apparaît qu'elle constitue essentiellement un substitut à la seule notification de l'acte : si elle peut produire le même effet de déclenchement du délai de forclusion du recours contentieux, il semble naturel qu'elle ne le fasse que dans les cas où l'intéressé révèle qu'il a obtenu par lui-même une connaissance de la décision équivalente à celle qui aurait pu résulter de l'accomplissement des mesures de publicité adéquates. Conformément à la jurisprudence *Mauline*, sa conjugaison avec les dispositions de l'article R. 421-5 du CJA ne permet le déclenchement du délai à l'égard des destinataires de décisions individuelles que s'ils ont eu connaissance non seulement de la décision elle-même, mais également des voies et délais de recours, à l'exception de l'hypothèse de la jurisprudence *Grandone* dans laquelle l'accès au juge demeure garanti. Elle semble d'une plus grande sévérité à l'égard des tiers à des décisions individuelles, encore que ce constat doive être nuancé, car elle n'est finalement pas plus rigoureuse que les règles ordinaires relatives au déclenchement du délai de recours telles qu'interprétées par la jurisprudence *Damon*. Elle se présente par ailleurs comme un instrument efficace de protection de la sécurité juridique dans les relations triangulaires, dans lesquelles « *l'administration délivre un titre ou une autorisation à un administré, et c'est un autre administré qui se présente comme demandeur devant le juge* »⁶⁷³, en garantissant au « *véritable défendeur* »⁶⁷⁴ qu'est le détenteur de l'autorisation administrative un degré satisfaisant de stabilité à l'expiration d'un certain délai.

673 Daniel LABETOULLE in « Questions pour le droit administratif », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 20.

674 *Ibid.*

335. En définitive, le juge administratif semble être parvenu à surmonter le malaise qui pouvait être provoqué par le maniement d'une règle jurisprudentielle potentiellement très restrictive de l'accès au juge dans des hypothèses où cet objectif était déjà compromis par la carence de l'administration. Le champ d'application de la connaissance acquise paraît aujourd'hui bien défini et les principes qui gouvernent la mise en œuvre de cette règle ont gagné en précision, ce qui la rend plus acceptable. Ce regain de confiance dans la valeur de cette règle réaliste, nettement caractérisé par les décisions rendues entre 2008 et 2016, a pu favoriser le recours à la notion de connaissance dans la construction de la jurisprudence *Czabaj*.

336. Après le commencement du délai et jusqu'à son expiration, son cours pourra être altéré par la survenance de certains événements. La reconnaissance par l'ordre juridique de leur influence sur la durée du délai traduit la recherche d'un équilibre entre les exigences de la stabilité des situations juridiques et celles du droit au recours.

§ 2 - Le déroulement du délai

337. L'écoulement d'un délai fixe est généralement mesuré de date à date ou de jour en jour. Son cours est susceptible d'être altéré de différentes manières par plusieurs mécanismes protecteurs des intérêts des demandeurs.

338. L'interruption d'un délai provoque une réinitialisation de son décompte. Dénommé plus explicitement « recommencement » en droit allemand⁶⁷⁵, ce mécanisme est décrit en droit interne par l'article 2231 du code civil, qui indique que « *l'interruption efface le délai de prescription acquis [et] fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* ». La suspension implique, de manière plus intuitive et poétique, que le temps suspend son vol : l'article 2230 du code civil précise en ce sens que « *la suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* ». Enfin, la notion de prorogation d'un délai renvoie généralement à son extension et, nécessairement, au report de son terme. En contentieux administratif, la prorogation peut être définie comme « *l'interruption conservatrice du délai* »⁶⁷⁶. L'article L. 232-4 du CRPA, qui codifie l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, dispose ainsi que le délai de recours contentieux contre une décision implicite dont les motifs ont été demandés par une

675 Francis LIMBACH, « La prescription extinctive en droit allemand », *D.* 2008, p. 2535.

676 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 651.

personne intéressée « *est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués* ».

339. L'application de ces mécanismes aux différents délais dépend de la nature de ces derniers. Il est traditionnellement considéré, en matière civile, que les délais de forclusion ne peuvent pas, à la différence des délais de prescription, être suspendus ou interrompus. Cette plus grande rigueur du régime des délais de forclusion peut trouver une explication dans leur fonction purement procédurale, alors que la suspension ou l'interruption de la prescription traduisent généralement la volonté de protéger le créancier diligent ou celui dont l'inaction est légitime. Encore faut-il nuancer la portée de cette distinction. Il est vrai que l'article 2220 du code civil prévoit que les dispositions du titre consacré à la prescription sont, en principe inapplicables, aux délais de forclusion : il en va ainsi des causes de suspension prévues par les articles 2234 à 2239. Le code envisage toutefois certains cas d'interruption de la forclusion, qui sont plus limités qu'en ce qui concerne la prescription. Les deux délais sont ainsi interrompus par la demande en justice⁶⁷⁷ et l'acte d'exécution forcée⁶⁷⁸, alors que la reconnaissance du débiteur n'interrompt que la prescription⁶⁷⁹.

340. Un constat similaire peut être dressé à propos des délais en droit public⁶⁸⁰. La prescription quadriennale des dettes des personnes publiques connaît des causes de suspension, dans les hypothèses d'empêchement du créancier, et peut être interrompue par une réclamation relative à la créance adressée à l'administration ou par l'introduction d'un recours juridictionnel. Le délai de forclusion prévu par l'article R. 421-1 du CJA peut quant à lui être prorogé par différents moyens, reposant sur des mécanismes jurisprudentiels ou textuels dont certains peuvent être cités⁶⁸¹. Une demande d'aide juridictionnelle formée dans le délai du recours contentieux a pour effet de l'interrompre et de le conserver⁶⁸². L'article 213-6 du CJA prévoit l'interruption des délais de recours « *à compter du jour où (...) les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation* ». Il peut également être rappelé que la préservation de l'exercice du droit au recours dans le contexte de la crise sanitaire a nécessité l'institution de mécanismes

677 C. civ. Art. 2241.

678 C. civ. Art. 2244.

679 C. civ. Art. 2240.

680 Charles FROGER, *op. cit.*, p. 139 ; Laurent SEUROT, « Le raccourcissement des prescriptions », in *Le temps en droit administratif*, *op. cit.*, p. 31.

681 V. René CHAPUS, *op. cit.*, p. 651 et s.

682 CE, 7 octobre 1994, n° 132031, *Mechkar* ; CE, 26 novembre 2008, n° 283158, *M. Paul* ; CE, 13 juillet 2020, n° 422471, *M. Wauquier*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 26, p. 45.

spécifiques de prorogation des délais pour agir par l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020⁶⁸³.

341. Le mécanisme de droit commun le plus classique est assurément l'introduction d'un recours administratif, gracieux ou hiérarchique, qui produit également un effet interruptif. Il en va de même de la demande de déféré préfectoral formée par un administré⁶⁸⁴. Affirmé de longue date par la jurisprudence, ce principe a été exprimé clairement par l'arrêt *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*⁶⁸⁵ avant d'être consacré par le législateur à l'article L. 411-2 du CRPA, qui prévoit que « toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai ». L'alinéa 2 de cet article reprend également le principe de la jurisprudence *Ouahrirou*⁶⁸⁶ : « lorsque dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre de la décision, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ces recours administratifs, ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés ».

342. Ce « principe traditionnel du droit public »⁶⁸⁷ permet d'instituer en toute hypothèse un « préliminaire de conciliation »⁶⁸⁸, étant entendu que le délai ne peut être prorogé par ce procédé qu'une seule fois. Il est susceptible de rencontrer des exceptions instituées par des textes et, parfois, par la jurisprudence. Tel est notamment le cas en ce qui concerne le recours en reprise des relations contractuelles créé par l'arrêt *Commune de Béziers II*. Le Conseil d'État est venu préciser dans un arrêt de 2012 *SARL PRORESTO* qu'« eu égard aux particularités de ce recours contentieux, à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose et qui peut le conduire, si les conditions en sont satisfaites, à ordonner la reprise des relations contractuelles ainsi qu'à l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires en ce sens, l'exercice d'un recours administratif pour

683 V. à ce sujet CE, avis, 3 févr. 2022, n° 457527, *Sté Osiris Sécurité Run*, DA 2022, n° 4, alerte 55, Anne COURREGES ; François GILBERT, « La prorogation des délais du fait de l'urgence sanitaire en contentieux administratif », accessible en ligne sur blogdroitadministratif.net, 26 mars 2020, mis à jour le 9 avril 2020.

684 CE, sect., 25 janvier 1991, *Brasseur*, rec. p. 23, concl. Bernard STIRN.

685 CE, sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, rec. p. 399 : « sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai ».

686 CE, 7 octobre 2009, *Ouahrirou*, rec. p. 358.

687 Jean-Claude BONICHOT, obs. sur CE, sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu* in *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 8^e ed., op. cit., n° 47, p. 849.

688 René CHAPUS, op. cit., p. 400.

contester cette mesure [de résiliation unilatérale], s'il est toujours loisible au cocontractant d'y recourir, ne peut avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux »⁶⁸⁹. L'exercice d'un recours gracieux dans le délai de deux mois à compter de la publication d'une décision de signer un contrat de délégation de service public a, en revanche, pour effet de proroger le délai du recours en contestation de validité du contrat institué par la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁶⁹⁰.

343. Si le contentieux de l'Union européenne ne connaît pas de mécanisme comparable de prorogation du délai du recours en annulation, l'article 45 du statut de la Cour de justice prévoit tout de même qu'« aucune déchéance tirée de l'expiration des délais ne peut être opposée lorsque l'intéressé établit l'existence d'un cas fortuit ou de force majeure ». Le juge de l'Union admet avec une grande prudence les dérogations à l'application des délais de recours, dont elle rappelle qu'ils garantissent le principe de sécurité juridique. Selon la jurisprudence, « les notions de force majeure et de cas fortuit, au sens de l'article 45 du statut de la Cour, comportent, outre un élément objectif relatif aux circonstances anormales et étrangères à l'intéressé, un élément subjectif tenant à l'obligation, pour l'intéressé, de se prémunir contre les conséquences de l'événement anormal en prenant des mesures appropriées sans consentir des sacrifices excessifs »⁶⁹¹. Dès lors, s'il est nécessaire d'établir la survenance de circonstances exceptionnelles, éventuellement caractérisées par un comportement trompeur de l'institution, il appartient aux requérants de « faire preuve de diligence afin de respecter les délais prévus »⁶⁹² s'ils entendent échapper à l'application des délais. À travers ces exigences subjectives, il apparaît que ces différentes exceptions se justifient par la notion de bonne foi et peuvent être rattachées au principe de protection de la confiance légitime. En ce sens, le Tribunal a jugé à propos de la notion d'erreur excusable, assimilée à celle de cas fortuit⁶⁹³, qu'elle « trouve sa source directement dans le souci du respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime »⁶⁹⁴.

344. En tant que délai de forclusion, l'expiration du délai de recours n'emporte pas de conséquence sur le bien-fondé des prétentions du requérant ni sur la conformité de l'acte aux

689 V. également la décision CE, 12 avril 2022, n° 452601, *Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas*, jugeant que la saisine du comité consultatif de règlement amiable des différends n'a pas pour effet d'interrompre le délai du recours en reprise des relations contractuelles.

690 CE, 20 décembre 2019, n° 419993, *Communauté de communes de Sélestat*.

691 TPICE, 28 janvier 2009, aff. T-125/06, *Centro Studi Antonio Manieri Srl*, § 28.

692 CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-195/91, *Bayer*, § 32.

693 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural law*, Oxford University Press, 2014, p. 402, n° 7.208.

694 TUE, 15 septembre 2011, aff. T-407/07, *CMB Maschinenbau & Handels GmbH et J. Christof GmbH*, § 99.

règles supérieures. Il se peut dès lors que l'acte ne soit plus à la portée d'un recours par voie d'action, malgré son illégalité. Alors qu'un tel acte demeure matériellement susceptible de recevoir application, la permanence des exigences du principe de légalité et l'évolution constante de l'ordonnement juridique justifient qu'un contrôle puisse encore être opéré par le juge. La sécurité juridique qui inspire les règles de délais exige néanmoins que les modalités de cet examen soient adaptées et tiennent compte du passage du temps. Les principes procéduraux qui gouvernent le contrôle incident de l'acte devenu définitif à l'échéance du délai d'action sont ainsi caractérisés par une attention particulière à la stabilité des situations.

Section 3 - Le contrôle incident de l'acte après l'expiration du délai de recours

345. Si l'expiration du délai de recours en annulation exclut logiquement que le juge puisse prononcer une telle sanction, elle ne fait pas obstacle à ce qu'il en examine encore la légalité par différents procédés de contrôle incident, pouvant se solder par la déclaration de son illégalité ou de son invalidité.

346. Procédés de contrôle incident. Ce constat peut être opéré par le juge saisi au principal d'un recours direct contre un autre acte, par le mécanisme de l'exception d'illégalité. Il peut également être effectué à titre préjudiciel, lorsque l'issue d'un litige relevant d'une autre juridiction implique que le juge compétent soit saisi pour apprécier la légalité d'un acte. Ces procédés, qui s'inscrivent tous deux dans le cadre d'une action dont ils ne constituent pas l'objet principal, se distinguent par l'implication d'un nombre de juges différent. Ils conservent cependant une importante proximité conceptuelle⁶⁹⁵, en ce qu'ils constituent l'un et l'autre des instruments du contrôle de légalité par voie d'exception, complémentaires au recours en annulation avec lequel ils peuvent s'articuler

347. Leur utilité réside particulièrement dans l'amplitude de leur champ, susceptible de s'étendre matériellement⁶⁹⁶ et temporellement⁶⁹⁷ à des actes hors d'atteinte du recours par voie d'action. En contrepartie, ils accordent une place importante à la sécurité juridique, comme le met en évidence un trait commun à leurs effets : la persistance de l'acte dans l'ordre juridique en dépit de son illégalité. Leurs régimes procéduraux sont toutefois inspirés de considérations

695 Jean GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse dact., Université de Pau, 1996, p. 5.

696 CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement*, § 23.

697 Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse dact. Paris II, 1995, p. 14.

qui se distinguent. La jurisprudence relative à l'exception d'illégalité et à ses conditions est ainsi « *partagée entre deux préoccupations également légitimes : assurer la stabilité des normes et situations juridiques ; éviter la perpétuation de l'illégalité* »⁶⁹⁸. Les conditions qui encadrent le recours aux questions préjudicielles sont, elles, essentiellement guidées par des considérations de bonne administration de la justice et d'articulation cohérente des blocs de compétences juridictionnelles. Il est choisi de limiter l'analyse aux premières qui, à la différence des secondes, s'inscrivent *directement* dans une logique de conciliation du principe de légalité et de l'exigence de stabilité des situations juridiques.

348. Au stade de la recevabilité et dans le prolongement des règles de délai, une distinction est opérée selon la nature des actes, visant à favoriser le contrôle de la légalité des actes généraux et à éviter la précarisation des actes particuliers (§ 1). Au stade de l'opérance, des conditions sont définies pour que le mécanisme de l'exception d'illégalité permette spécifiquement la censure d'actes d'application réellement contaminés par les vices de l'acte de base (§ 2).

§ 1 - Les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité, instrument d'un équilibre entre légalité et stabilité adapté en fonction de la nature de l'acte

349. Exception d'illégalité. L'exception d'illégalité se définit comme « *le mécanisme juridique permettant de contester la légalité d'un acte, sans remettre en cause son existence, à l'occasion du recours dirigé contre un autre qui en constitue une application* »⁶⁹⁹. Dans le contexte d'un tel recours, elle constitue un moyen de légalité⁷⁰⁰ soulevé par le requérant⁷⁰¹ devant le juge du principal, qui en apprécie la recevabilité au regard d'une distinction entre les actes généraux et ceux qui ne le sont pas.

350. Distinction des actes généraux et particuliers. La jurisprudence administrative tire ainsi des « *conséquences juridiques significatives* »⁷⁰² de la *summa divisio* entre les actes administratifs réglementaires et non réglementaires à propos de la question de la recevabilité de l'exception d'illégalité, qui revêt un caractère perpétuel à l'égard des premiers⁷⁰³ tandis

698 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 681.

699 Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 308.

700 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *id.*, p. 441, n° 9.01.

701 Sean VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Pratique du contentieux européen, 2012, p. 97 ; v. en ce qui concerne la question de l'obligation faite au cours et tribunaux belges d'appliquer l'article 159 de la Constitution : Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 143.

702 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, p. 1051.

qu'elle n'est en principe recevable à l'encontre des seconds qu'autant qu'ils ne sont pas définitifs⁷⁰⁴.

351. L'article 277 du TFUE prévoit d'une manière similaire que « *nonobstant l'expiration du délai [du recours en annulation] prévu à l'article 263, sixième alinéa, toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union, se prévaloir des moyens prévus à l'article 263, deuxième alinéa, pour invoquer devant la Cour de justice de l'Union européenne l'inapplicabilité de cet acte* ». Cette formulation exclut du champ de l'exception d'illégalité les actes individuels. La référence aux actes de portée générale⁷⁰⁵, substituée par le traité de Lisbonne aux seuls règlements visés par l'ancien article 241 TCE, implique toutefois comme l'admettait la jurisprudence antérieure que les actes tels que des directives ou des décisions peuvent faire l'objet d'une exception d'illégalité lorsqu'ils « *produisent des effets analogues* »⁷⁰⁶ à un règlement.

352. La recherche d'une conciliation durable entre les exigences de la stabilité des situations juridiques et du principe de légalité conduit ainsi à admettre de manière perpétuelle l'exception d'illégalité des actes de portée générale (A), mais tend à préserver la sécurité des actes non réglementaires devenus définitifs à l'échéance du délai de recours par voie d'action (B).

A - La légalité privilégiée par la possibilité d'examiner à toute époque la légalité d'un acte réglementaire.

353. Caractère perpétuel. L'invocabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes généraux, qui est une solution de principe commune à la plupart des systèmes juridiques⁷⁰⁷, trouve sa justification essentielle dans « *le caractère permanent des règles générales et impersonnelles énoncées, lesquelles ont vocation à régir toutes les situations entrant dans leur champ d'application* »⁷⁰⁸. Cette permanence explique également l'existence

703 CE, 29 mai 1908, *Poulin*, rec p. 580 ; CE, ass., 17 juin 1938, *Syndicat des commerçants détaillants de Lyon*, rec. p. 555 ; CE, sect., 10 février 1967, *Sté des Établissements Petitjean et autres*, rec. p. 63.

704 CE 17 décembre 1997, n° 171201, *Préfet de l'Isère c/ Arfaoui*.

705 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *id.*, p. 443, n° 9.05 et pp. 314-316, n° 7.85 sur la notion d'« *act of general application* ».

706 CJCE, 6 mars 1979, aff. 92/78, *Simmenthal c/ Commission*, § n° 40 et 41 ; TPI UE, 21 octobre 2010, aff. T-439/08, *Kalliopi Agapiou Joséphidès*, § n° 50.

707 Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Puf, 2006, p. 282 ; Benoît DELAUNAY, « Rapport général » in Société de législation comparée, 2015, vol. 22, *L'acte administratif à portée générale et son contrôle juridictionnel*, dir. Benoît DELAUNAY, p. 22.

708 Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *ADJA* 2018, p. 1206.

d'une possibilité de recours contre la décision de refus d'abroger un acte réglementaire illégal, qui permet de la même manière de démontrer son illégalité par voie d'exception⁷⁰⁹. Par de telles voies de contestations dites « *obliques* »⁷¹⁰, le juge peut aussi bien saisir l'hypothèse d'une illégalité apparue à la suite d'un changement de circonstances que celle d'une illégalité originelle non décelée, dont le requérant ne prend généralement conscience que lorsque l'acte réglementaire définitif est appliqué à son endroit. À cet égard, lorsque la voie d'action contre les actes généraux n'est pas ouverte aux justiciables, la voie d'exception peut constituer leur unique procédé défensif dans le contexte d'un recours contre un acte d'application⁷¹¹, en faisant obstacle à la répétition de l'illégalité contenue dans l'acte de base.

354. Exceptions. Ce caractère perpétuel connaît toutefois des exceptions plus ou moins conséquentes, d'origines jurisprudentielles ou textuelles, toujours inspirées par le souci de garantir la stabilité des situations juridiques dans une perspective institutionnelle.

355. Contentieux européen – articulation des voies d'action et d'exception. En contentieux européen, une restriction matériellement importante résulte du fait que l'exception d'illégalité est conçue par la Cour comme un mécanisme palliatif des difficultés de l'accès direct au juge de l'annulation pour les requérants particuliers. Dans l'arrêt *Tetxtilwerke Deggendorf (TWD)* de 1994, elle en a déduit qu'un requérant ne pouvait pas exciper de l'illégalité d'un acte pour en « *contourner le caractère définitif* »⁷¹², lorsqu'il disposait « *indiscutablement* »⁷¹³ d'une voie de recours directe à son encontre. Selon le juge, cette approche restrictive est fondée sur les « *exigences de sécurité juridique* »⁷¹⁴ qui inspirent les délais de recours. Elle trouve son origine dans l'arrêt *Simmenthal* de 1979, dans lequel la Cour a livré une interprétation inédite de l'article 184 du traité CEE⁷¹⁵, en décrivant ces dispositions

709 Bertrand SEILLER, « Nouvelle restriction de l'invocabilité des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *Gaz. Pal.* 2018, n° 34, p. 30.

710 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649 ; René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, p. 803.

711 Sean VAN RAEPENBUSCH, *ibid.* En dépit du grand intérêt que présente à ce titre cette technique dans le contentieux européen, elle n'y est utilisée que rarement, en particulier parce qu'elle suppose l'existence d'une chaîne d'actes dont l'un peut être contesté par voie d'action (voir Marie GAUTIER, François-Vivien GUIOT, « Union européenne », in *L'acte administratif à portée générale et son contrôle juridictionnel*, dir. Benoît DELAUNAY, *op. cit.*, p. 162).

712 CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, § 18.

713 CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-241/95, *The Queen*, § 16. Cette restriction s'applique donc aux hypothèses dans lesquelles le requérant était concerné directement et individuellement par un acte de portée générale, ou était simplement concerné directement par un acte général n'appelant pas de mesure d'exécution.

714 CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, § 17.

715 L'article 184 du Traité CEE prévoyait le mécanisme de l'exception d'illégalité des règlements européens selon des modalités identiques à celles qui résultent aujourd'hui de l'article 277 du TFUE.

comme l'expression d'un « *principe général assurant à toute personne le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire (...) un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation* »⁷¹⁶. La jurisprudence de la Cour avait déjà envisagé les dispositions du traité relatives à l'exception d'illégalité des actes des institutions européennes comme un principe général, ce procédé de raisonnement ayant notamment été employé dans l'arrêt *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse c/ Haute* de 1958 afin d'admettre la recevabilité de l'exception d'illégalité au-delà de la lettre de l'article 36 du traité CECA. En ajoutant une condition de recevabilité tenant à l'usage effectif de la faculté de saisir le juge par voie d'action, la jurisprudence *Simmenthal-TWD* induit, selon Jérémie Van Meerbeek, une « *véritable révision jurisprudentielle du Traité, fondée sur le principe de sécurité juridique* »⁷¹⁷, dont la réalisation a pourtant heurté les exigences de prévisibilité qui en découlent⁷¹⁸. Elle illustre ainsi la prévalence accordée par la Cour à la logique politique de la sécurité juridique, favorable à la stabilité des actes des institutions et préjudiciable aux requérants.

356. Article L. 600-1 du code de l'urbanisme. Le dispositif de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme apporte en droit interne une limitation partielle et sectorielle au principe de recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité, en prévoyant que l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme « *ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause* », sous réserve des vices concernant soit « *la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique* », soit « *l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques* ». Il organise ainsi un système de « *validation préétablie* »⁷¹⁹ d'irrégularités externes dont la commission sera dépourvue de sanction au terme d'un certain délai. Issu des propositions du rapport du Conseil d'État de 1992 pour un droit de l'urbanisme plus efficace et porté par la loi « Bosson » de 1994⁷²⁰, ce mécanisme

716 CJCE, 6 mars 1979, aff. 92/78, *Simmenthal*, § 39 (nous soulignons).

717 Jérémie VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance – Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2014, § 143.

718 Dans les espèces précitées, l'application immédiate de la condition de recevabilité inédite n'avait pu être anticipée par les requérants. V. sur ce point Jérémie VAN MEERBEECK, *op. cit.*, § 485.

719 Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA* 2005, p. 2384.

720 Fernand BOUYSSOU, « Commentaire de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction », *AJDA* 1994, p. 208.

aspirait à sécuriser les autorisations individuelles d'urbanisme en freinant une tendance particulièrement critiquée de leur contentieux, consistant à fonder les requêtes à leur encontre « *plus souvent sur des vices affectant l'irrégularité purement formelle d'un document d'urbanisme plutôt que sur leur propre irrégularité* »⁷²¹. La complexité et le formalisme des procédures d'élaboration des documents d'urbanisme rendaient alors « *relativement aisé d'aboutir à la déclaration d'illégalité de ceux-ci et de paralyser ainsi l'ensemble des autorisations individuelles prises sur leurs fondements* »⁷²², produisant selon Jean-Bernard Auby un « *cocktail explosif* », « *d'innombrables vices de procédure potentiels* » étant « *susceptibles de répercuter leurs conséquences sur d'innombrables décisions d'urbanisme ultérieures* »⁷²³.

357. Constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel avait été saisi de la loi « Bosson » par plusieurs parlementaires, qui soutenaient que les restrictions apportées à la possibilité d'exciper de l'illégalité externe d'un acte administratif portaient une atteinte excessive au principe à valeur constitutionnelle de la légalité ainsi qu'à la garantie des droits prévue par l'article 16 de la DDHC⁷²⁴. Sa décision 93-335 DC retient la conformité du mécanisme⁷²⁵, en relevant que la restriction est « *limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme* » et « *justifiée par le législateur eu égard à la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes* » ainsi qu'au « *risque d'instabilité juridique en résultant, qui est particulièrement marqué en matière d'urbanisme* ». Il est relevé par le Conseil que cette restriction est accompagnée de « *garanties* »⁷²⁶ : certains vices considérés comme substantiels demeurent perpétuellement invocables⁷²⁷ et l'ensemble des autres vices peuvent encore être invoqués dans un délai de six mois⁷²⁸.

721 Patrick HOCREITERE, « Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994 », *RFDA* 1995, p. 7 ; Daniel Labetoulle qualifie cette technique de « *procédé dilatoire* » : voir le débat « Les enjeux du droit de l'urbanisme » au n° spécial consacré au droit de l'urbanisme de l'*AJDA* 1993, p. 6.

722 David GILLIG, « La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires », *LPA* 1994, n° 104.

723 Jean-Bernard AUBY, « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », *RFDA* 1995, p. 25.

724 V. par ex. l'intervention du sénateur Robert LAUCOURNET, Sénat, Compte rendu intégral, 6^e séance, jeudi 14 octobre 1993, *JORF* 1993, p. 3152.

725 CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*. Un mécanisme similaire est connu du droit de l'urbanisme allemand, et sa conformité au principe de l'État de droit a également été admise par la Cour constitutionnelle fédérale (cf. Michel FROMONT, *ibid.*, à propos de l'arrêt du 7 mai 2001, BverfGE, t. 103, p. 332).

726 Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Le Conseil constitutionnel et la « petite » loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme », *RDI* 1994, p. 163.

727 CE, 30 décembre 2011, n° 324310, *Vacher*, *AJDA* 2012, p. 6.

728 Michaël REVERT, « La recevabilité de l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme à l'épreuve du droit spécial de l'article L. 600-1 », *RDI* 2019, p. 181.

358. Réserves. La décision de conformité est également assortie d'une réserve d'interprétation, le juge soulignant que les dispositions de l'article L. 600-1 « *n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus* »⁷²⁹. La préservation de cette modalité de contestation oblique des documents d'urbanisme devait alors servir de « *palliatif* »⁷³⁰ à l'impossibilité de se prévaloir d'un vice non substantiel de légalité externe au-delà du délai de six mois, dont les effets paraissaient plus respectueux du besoin de stabilité éprouvé dans le domaine de l'urbanisme dès lors qu'elle ne permettait pas, à la différence de la déclaration d'illégalité, d'obtenir l'annulation d'autorisations individuelles. L'énumération par le juge de ces éléments révèle ainsi que le « *brevet de constitutionnalité* » accordé à ce mécanisme tient compte de « *l'équilibre global qu'il instaure* »⁷³¹. Si la décision a dès lors pu être interprétée comme un avertissement adressé au législateur, signalant que la restriction apportée à la recevabilité de l'exception d'illégalité et au droit au recours devait « *rester exceptionnelle* »⁷³² pour être acceptable, elle a également souligné nettement que le principe de légalité n'était pas absolu, mais pouvait être « *tempéré* »⁷³³ par l'exigence de sécurité juridique.

359. À l'inverse du principe applicable aux actes réglementaires ou de portée générale, l'exception d'illégalité n'est recevable à l'encontre des actes non réglementaires que dans la mesure où ils ne sont pas définitifs.

B - La stabilité privilégiée par l'impossibilité d'examiner la légalité d'un acte non réglementaire définitif par voie d'exception.

360. Irrecevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte non-réglementaire définitif. Selon le professeur Chapus, il est « *de tradition que la préoccupation de stabilité – et par là même, de « sécurité juridique » – tienne le premier rang* »⁷³⁴ dans le régime du contrôle incident des actes non réglementaires, et prime sur les exigences de la légalité. Cette solution, qui relativise sérieusement l'utilité du mécanisme de l'exception d'illégalité à l'égard des

729 Sur la mise en œuvre de cette réserve dans la jurisprudence administrative, voir : CE, avis, 9 mai 2005, n° 277280, *Marangio*, *RFDA* 2005, p. 1024, concl. Emmanuel GLASER ; CAA Versailles, 3 novembre 2016, n° 15VE02736, *Association Les Trois Tilleuls et autres*, *AJDA* 2017, p. 49, chron. Hélène LEPETIT-COLLIN.

730 David GILLIG, *id.*

731 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649.

732 Jacqueline MORAND-DEVILLER, *id.*

733 Patrick HOCREITERE, *id.*

734 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 681.

actes non réglementaires, est indifférente au caractère créateur de droits de l'acte considéré : l'« *idée sous-jacente* »⁷³⁵ est que la sécurité juridique doit prévaloir, aussi bien pour protéger d'éventuels droits acquis que pour permettre le règlement définitif d'une situation juridique.

361. Le Conseil d'État de Belgique souscrit à cette conception⁷³⁶ en indiquant très explicitement que « *la nécessité d'assurer la stabilité juridique* » des situations individuelles « *implique que leur légalité ne peut plus être remise en cause* » à l'expiration du délai de recours contentieux ouvert à leur encontre, interprétant l'article 159 de la Constitution d'après lequel les juridictions ne doivent appliquer les « *arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* » à la lumière du « *principe général de sécurité juridique* »⁷³⁷.

362. Cette conception, selon laquelle la conciliation entre la sécurité juridique et la légalité s'opère, en ce qui concerne les décisions individuelles, en permettant aux intéressés de les contester pendant le délai de recours mais pas de se prévaloir de leur illégalité par voie d'exception à son expiration, se retrouve également dans la jurisprudence du juge de l'Union : dès lors que les délais de recours « *visent à sauvegarder la sécurité juridique, en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit* », il est exclu qu'un État membre n'ayant pas contesté par voie d'action une décision constatant l'incompatibilité d'une aide avec le marché commun, qui lui était adressée directement, puisse la remettre en cause par voie d'exception à l'occasion d'un recours en manquement engagé par la Commission⁷³⁸.

363. Actes non définitifs. Irrecevable par principe à l'encontre de l'acte non réglementaire définitif, l'exception d'illégalité peut en toute logique être invoquée contre celui-ci tant qu'il ne l'est pas, c'est-à-dire pendant le délai de recours et, dans l'hypothèse où un recours a été engagé, aussi longtemps que l'acte n'a pas été annulé.

735 Antoine LOUVARIS, *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1160 « Exception d'illégalité », § 86 (act. 2014).

736 V. par ex. CE (Belgique), 19 mai 2009, n° 193.418, *Goslar* ; CE (Belgique), 8 septembre 2016, n° 235.696, *Keris*.

737 CE (Belgique), 2 septembre 1987, n° 28.435, *Belgian corporation of flight hostesses* ; également, CE (Belgique), 18 novembre 2015, n° 232921, *Delgoffe*.

738 CJCE, 12 octobre 1978, aff. 156/77, *Commission c/ Belgique*, § 20-21. Cette irrecevabilité paraît autant s'expliquer par le caractère individuel et définitif de l'acte en cause que par la circonstance que les États sont des requérants privilégiés pouvant facilement contester un acte par voie d'action : comme pour les requérants non privilégiés, l'existence indiscutable d'une voie de recours directe est un élément justifiant l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité. Il apparaît ainsi que la recevabilité de l'exception d'illégalité en contentieux européen ne dépend pas seulement de la nature de l'acte, mais également des voies de droit ouvertes au requérant et de son comportement.

364. Conformément à cette logique, dans la mesure où il résulte de l'article R. 421-5 du CJA que les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables que si les voies et délais de recours sont mentionnés dans sa notification, l'exception d'illégalité pouvait être invoquée indéfiniment à l'encontre d'un acte non réglementaire irrégulièrement notifié. Cette solution a néanmoins été remise en cause par le juge administratif, sur le fondement de la jurisprudence *Czabaj* qui déduit du principe de sécurité juridique que la légalité d'un acte administratif individuel ne saurait être contestée sans condition de délai⁷³⁹. Le juge soumet ainsi l'invocation de l'exception d'illégalité à la même condition de délai raisonnable qu'il applique désormais au recours par voie d'action, et considère que le moyen tiré de l'illégalité d'une décision datant de 2012 et ne mentionnant pas les voies et délais de recours est irrecevable dans le contexte d'un recours introduit en 2016.

365. La transposition à l'exception d'illégalité de cette jurisprudence créée pour faire obstacle à l'exposition perpétuelle d'un acte individuel au risque d'un recours par voie d'action ne surprend pas. D'une part, elle apparaissait inévitable dans le contexte général d'extension de cette solution dans le contentieux administratif⁷⁴⁰. D'autre part, elle présente une cohérence indéniable avec la logique générale de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires : si le principe de sécurité juridique fonde la limitation temporelle de sa recevabilité, c'est parce qu'il s'oppose d'une manière générale à ce que les situations individuelles qui découlent de ces actes puissent être remises en cause indéfiniment. La soumission de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires à la jurisprudence *Czabaj* vient toutefois apporter une restriction supplémentaire et importante à la possibilité de contester un acte individuel irrégulièrement porté à la connaissance de son destinataire, en verrouillant complètement les contestations au-delà du délai raisonnable d'un an. Il est peut-être regrettable que cette jurisprudence paralyse aussi indifféremment le mécanisme offensif qu'est parfois le recours pour excès de pouvoir, et le mécanisme « *conçu pour une posture de défense ou de contre-attaque* »⁷⁴¹ qu'est fréquemment l'exception d'illégalité.

366. Exceptions au principe d'irrecevabilité. Comme le principe de recevabilité perpétuelle à l'encontre des actes généraux, le principe de l'irrecevabilité de l'exception

739 CE, 27 février 2019, n° 418950, *Law-Tong*, *Jcp A* 2019, n° 10-11, act. 166 Fabien TESSON.

740 Caroline LANTERO, Yann LIVENAIS, « 2018 : l'année *Czabaj* », *Revue générale du droit* (revuegeneraledudroit.eu), 2018, numéro 29955.

741 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Braibant*, p. 411.

d'illégalité à l'encontre des actes non réglementaires définitifs connaît certaines atténuations et exceptions.

367. Ainsi, au contraire du juge administratif, le juge judiciaire ne s'interdit pas d'interroger par voie incidente la légalité d'un acte non réglementaire définitif. Par la voie du recours en appréciation de validité, une question préjudicielle portant sur un tel acte peut donc être posée au juge administratif, à qui il n'appartient pas « *de statuer sur la recevabilité de l'exception d'illégalité qui se trouve à l'origine du renvoi ni sur le caractère définitif et créateur de droits des décisions administratives en litige* »⁷⁴². En droit belge, où la spécialisation des juges n'a au demeurant pas d'incidence sur leur compétence pour apprécier par exception la légalité d'un règlement, la Cour de cassation retient, à la différence du Conseil d'État, une lecture de l'article 159 de la Constitution permettant l'invocation perpétuelle de l'exception d'illégalité à l'encontre des décisions individuelles⁷⁴³. La Cour estime en outre que « *tout organe juridictionnel a le pouvoir et le devoir de vérifier si les décisions dont l'application est en cause sont conformes à la loi* »⁷⁴⁴ : elle en déduit, à tout le moins en matière pénale, que l'article 159 de la Constitution est d'ordre public, tandis que le Conseil d'État estime qu'il n'y a lieu d'examiner d'office la légalité de l'acte qu'il s'agit d'appliquer que s'il apparaît contraire à une règle d'ordre public ou s'il est contesté par un moyen en ce sens⁷⁴⁵.

368. Le juge administratif français admet également de son propre chef deux exceptions classiques à l'irrecevabilité de principe. La première est celle de la recevabilité de l'exception d'illégalité d'une décision non réglementaire ayant causé un dommage à l'appui d'un recours en réparation du préjudice subi. La seconde est celle dans laquelle un acte non réglementaire définitif et une décision ultérieure contestée par voie d'action constituent ensemble les éléments d'une même opération complexe⁷⁴⁶. Selon le professeur Chapus, une telle opération peut être caractérisée « *lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement* »⁷⁴⁷. L'importante « *solidarité*

742 CE, 19 mai 2000, n° 208545, *Mutuelle de la RATP*, rec. T. 906.

743 Par ex., C. Cass (Belgique), 8 janvier 2015, C.13.0546.F/1 ; sur cette question, voir David RENDERS, *Droit administratif général*, p. 287 ; Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 140.

744 Cass. (Belgique), 4 octobre 2012, C. 11.0630.F.

745 Sur ce point v. Michel PÂQUES, *op. cit.*, pp. 143-144.

746 Michel DISTEL, « La notion d'opération administrative complexe », *Rev. Adm.* 1981, p. 370 ; François CHEVALLIER, « La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes », *AJDA* 1981, p. 331.

747 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 692-693 (souligné par l'auteur).

juridique »⁷⁴⁸ entre les éléments composant cette opération justifie que l'illégalité d'une décision non réglementaire constituant le support nécessaire de l'adoption d'une décision finale soit invoquée à l'encontre de cette dernière. Cette exception, dont la doctrine souligne qu'elle se rencontre rarement⁷⁴⁹, est naturellement circonscrite au champ et à la durée de l'opération concernée⁷⁵⁰.

369. L'extension de la jurisprudence *Czabaj* à l'exception d'illégalité des actes non réglementaires non définitifs peut conduire à s'interroger sur la possibilité de sa transposition aux hypothèses dans lesquelles cette exception est jugée recevable à l'encontre d'actes non réglementaires définitifs. L'opportunité d'une telle évolution, qui impliquerait que l'invocation de l'illégalité d'un acte dommageable ou d'un acte participant d'une opération complexe soit soumise à la condition du délai raisonnable, paraît très incertaine. La jurisprudence *Czabaj* est essentiellement un remède à l'insécurité juridique impliquée par l'impossibilité pour un acte d'acquiescer un caractère définitif, aussi cette solution ne devrait-elle pas être étendue à des hypothèses où la jurisprudence estime qu'il est nécessaire de ne pas déduire du caractère définitif d'un acte l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité.

370. La finalité même de la théorie de l'opération complexe est ainsi « *de permettre de contester hors délai la légalité d'un acte administratif individuel par le biais de l'exception d'illégalité* »⁷⁵¹ en venant « *déjouer* »⁷⁵² les critères de sa recevabilité. L'économie de la jurisprudence *Czabaj* paraît au demeurant mal adaptée à son esprit : quelle que soit sa durée, l'opération complexe obéit à une temporalité propre qui s'oppose à ce qu'un délai raisonnable fixé abstraitement vienne conditionner la recevabilité de l'exception d'illégalité de l'acte qui est le support nécessaire de la décision finale.

371. Une limitation temporelle de la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire dans un recours indemnitaire semble tout aussi inappropriée, pour plusieurs raisons. D'une part, le contentieux est d'une nature différente : comme le souligne le

748 Benoît PLESSIX, *id.*, p. 1051.

749 Antoine LOUVARIS, *id.*, § 91 et § 102 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, 12^e ed., p. 953 ; Benoît PLESSIX, *ibid.*

750 Par ex., CE, sect., 29 juin 1951, *Lavandier*, rec. p. 380, à propos de la déclaration d'utilité publique et de l'arrêté de cessibilité ; CE, avis, 23 décembre 2016, n° 402500, M. Sutter, rec. p. 569 : constituent une opération complexe la décision de licenciement d'un agent contractuel recruté pour répondre à un besoin permanent et les décisions ultérieures procédant à son reclassement.

751 Michel DISTEL, *ibid.*

752 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino », *AJDA* 2014, p. 222.

professeur Chapus, « *c'est moins l'illégalité de la décision définitive qui est invoquée que la faute dont cette illégalité manifeste la commission* »⁷⁵³. D'autre part, le principe selon lequel un recours en dommages et intérêts est recevable sans condition de délais est déjà tempéré par le mécanisme de la prescription quadriennale, qui préserve la sécurité juridique au bénéfice de l'administration⁷⁵⁴.

372. Alors que plusieurs tribunaux administratifs avaient appliqué la jurisprudence *Czabaj* au recours indemnitaire, en estimant qu'il devait être introduit dans un délai raisonnable à compter de la notification, même irrégulière, de la décision rejetant la demande d'indemnisation⁷⁵⁵ les considérations précédentes ont amené les juridictions supérieures à la conclusion opposée. La Cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt du 29 décembre 2017⁷⁵⁶, a censuré avec une certaine fermeté une ordonnance du tribunal administratif de Paris qui avait rejeté comme irrecevable, pour dépassement du délai raisonnable, une demande d'indemnisation formée par la société Direct Energie, s'estimant victime d'un préjudice causé par l'illégalité d'arrêtés ministériels relatifs au niveau des tarifs réglementés de vente d'électricité. Elle relève ainsi qu'« *il résulte des dispositions [des articles R. 421-2 du CJA et L. 112-6 du CRPA], par lesquelles ont été exhaustivement définies par les pouvoirs constitutionnellement compétents pour ce faire les conditions dans lesquelles un délai de recours contentieux peut être opposé lorsqu'est en cause une décision tacite ; que lorsqu'un accusé de réception portant les indications requises n'a pas été transmis à l'auteur d'une demande, le délai dans lequel doit être contestée la décision implicite née du silence gardé sur cette demande n'est jamais opposable au dit auteur ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle a prétendu rejeter à raison de leur tardiveté des conclusions indemnitaires faisant suite à une demande préalable (...) qui n'avait fait l'objet d'aucun accusé de réception en se fondant sur l'existence d'une règle qui, alors que les règles de la prescription assurent en la matière le respect du principe de sécurité juridique, imposerait un délai « raisonnable » pour présenter dans une telle hypothèse une requête contentieuse* ». Par une formulation plus sobre, la décision du Conseil d'État *Centre Hospitalier de Vichy* du 17 juin 2019 a également jugé que la règle du délai raisonnable « *ne trouve pas à s'appliquer aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une*

753 René CHAPUS, *id.*, p. 692.

754 Jean-Baptiste CHEVALIER, « Deux ans de jurisprudence *Czabaj* », *Le blog droit administratif* (blogdroitadministratif.net), 16 juillet 2018.

755 Par ex., TA Cergy-Pontoise, 28 novembre 2017, n° 1604956, *EURL MKM* ; TA Melun, 5 juillet 2018, n° 1501357, *Mme B.* ; voir Caroline LANTERO, Yann LIVENNAIS, *id.*

756 CAA Paris, 29 décembre 2017, n° 17PA02272, *Société Direct Energie*.

personne publique », dès lors que « *la prise en compte de la sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'effet du temps, est alors assurée par les règles de prescription* »⁷⁵⁷.

373. Les critères de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité reposent sur une distinction entre les actes qui traduisent une certaine conciliation des exigences de la sécurité juridique et de la légalité. Si le contrôle de la légalité d'une règle générale est envisageable à toute époque, celui des actes non réglementaires ne l'est pas lorsqu'ils sont devenus définitifs, ce qui souligne que l'exception d'illégalité est un instrument du contrôle de la légalité dont le régime procédural est conçu pour veiller au respect de la stabilité des situations juridiques, en s'articulant avec les règles de délai. Les conditions d'opérance de ce mécanisme concourent également à la conciliation de la sécurité juridique et de la légalité, en empêchant qu'il provoque l'annulation de décisions qui ne seraient pas – ou plus, au terme d'un certain laps de temps – affectées par l'illégalité de l'acte contesté par voie d'exception.

§ 2 - Les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité, instrument d'un équilibre entre légalité et stabilité adapté en fonction de l'illégalité affectant l'acte

374. L'efficacité de l'exception d'illégalité ne dépend pas seulement de sa recevabilité temporelle. Le moyen ne peut être opérant que dans la mesure où l'illégalité de l'acte contesté par exception a réellement infecté celui qui est attaqué par voie d'action. Cette contamination est établie, quelle que soit la nature des actes en cause, par la démonstration d'un « *lien particulier* »⁷⁵⁸ les unissant (**A**). Lorsque l'exception est dirigée contre un acte administratif réglementaire, le juge considère toutefois que la transmission de son illégalité ne peut résulter que de vices qu'il considère comme pathogènes, au regard d'une approche dynamique de la légalité (**B**).

A - L'exigence classique d'une relation d'application nécessaire à la transmission de l'illégalité de l'acte de base à l'acte contesté au principal

375. Notion de mesure d'application. L'état contemporain de la jurisprudence administrative est fixé depuis 2011 par la décision *Sodemel*, selon laquelle « *l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise*

⁷⁵⁷ CE, 17 juin 2019, n° 413097, *Centre Hospitalier de Vichy*.

⁷⁵⁸ David LABOUYSSE, « L'exception d'illégalité de la règle locale d'urbanisme », *Construction-Urbanisme* 2015, n° 7, étude 10, § 38.

pour son application ou s'il en constitue la base légale »⁷⁵⁹. Confirmée par l'avis de section Okosun et l'arrêt d'assemblée *Fédération des finances CFDT*, cette décision est venue mettre un terme à une distinction des conditions d'opérance de l'exception d'illégalité fondée sur la nature de l'acte contesté incidemment, en généralisant et en synthétisant les conditions appliquées aux actes réglementaires. Ainsi, selon une jurisprudence constante depuis le début du XX^{ème} siècle, l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire est utilement invocable lorsque la décision contestée directement en constitue une « *mesure d'exécution* »⁷⁶⁰ ou une « *mesure d'application* ». Cette dernière expression se rencontre en particulier dans une « *formule de principe* »⁷⁶¹ issue de la décision de 1967 *Société des établissements Petitjean*⁷⁶², d'après laquelle le moyen tiré de l'illégalité d'un acte réglementaire « *ne peut être accueilli que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte* ».

376. Relations d'application. Il est classiquement admis que la notion de mesure d'application revêt un caractère fonctionnel et qu'elle est susceptible d'englober différentes relations d'application⁷⁶³. Une décision peut ainsi être considérée comme une mesure d'application d'un autre acte lorsqu'elle est au sens strict prise « pour son application » : elle en *permet* l'application ou le concrétise, alors que cet acte « *ne serait pas directement applicable ou ne pourrait sortir la plénitude de ses effets* »⁷⁶⁴ par lui-même. Le juge intègre également à la catégorie des mesures d'application les décisions prises « en application » d'un autre acte⁷⁶⁵, qui le mettent en œuvre dans un cas individuel, et les actes qui sont « *pris suivant une procédure définie par l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception* »⁷⁶⁶. Si une conception large de la notion de décision prise « pour l'application »

759 CE, 11 juillet 2011, n° 320735, *Société d'équipement du Maine-et-Loire (SODEMEL)*, AJDA 2012, p. 449, note Norbert FOULQUIER, AJDI 2011, p. 806, obs. René HOSTIOU.

760 CE, 24 janvier 1902, *Sieur Avézard*, rec. p. 43, S. 1904, III, p. 33, note Maurice HAURIOU.

761 René CHAPUS, *id.*, p. 684.

762 CE, sect., 10 février 1967, n° 59125, *Société des établissements Petitjean*, rec. p. 63 ; GACA, n° 39.

763 Mathias GUYOMAR, « L'illégalité d'un schéma directeur peut-elle être invoquée à l'encontre d'un décret déclaratif d'utilité publique ? », RFDA 2005, p. 608, concl. sur CE, sect., 25 février 2005, n° 248060, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, AJDA 2005, p. 1224, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA ; René CHAPUS, *ibid.*

764 Antoine LOUVARIS, *id.*, § 35.

765 Mathias GUYOMAR, *ibid.*

766 David LABOUYSSE, *ibid.* ; dans un sens similaire, voir Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, 1^{er} décembre 1993, n° 136705, *Chiarazzo*, AJDA 1994, p. 152, affirmant que « *l'exception d'illégalité n'est en rien limitée au cas où la décision attaquée serait nécessaire pour rendre applicable le règlement* », et qu'elle « *est opérante dans tous les cas où l'acte A définit un régime sur le fondement duquel a été pris l'acte B* ».

envisagée par l'arrêt *Sodemel* peut englober « *certaines actes qui se bornent à en faire application* »⁷⁶⁷, il est possible de considérer au sens de cette jurisprudence que l'exception d'illégalité d'un acte antérieur est opérante à l'égard des décisions prises « en application » de celui-ci ou conformément à un régime qu'il institue dans la mesure où il constitue leur base légale.

377. Stabilité de l'acte de base. Ces critères stricts définis pour encadrer l'opérance de l'exception d'illégalité des actes réglementaires remplissent, en contrepartie de sa recevabilité perpétuelle, une « *fonction de verrouillage* »⁷⁶⁸ visant à éviter, dans l'intérêt de la sécurité juridique, qu'elle soit employée abusivement pour contourner l'expiration du délai de recours. Une logique similaire sous-tend l'exigence par le juge de l'Union d'un lien « *connexité* »⁷⁶⁹ entre l'acte attaqué et celui dont l'illégalité est excipée, qui doit d'après l'article 277 TFUE être « *mis en cause* » dans le recours. La Cour souligne à cet égard que ce mécanisme « *n'a pas pour but de permettre à une partie de contester l'applicabilité de quelque règlement que ce soit à l'occasion d'un recours quelconque [mais] que le règlement dont l'illégalité est soulevée doit être applicable, directement ou indirectement, à l'espèce qui fait l'objet du recours* »⁷⁷⁰, ce qui est le cas notamment lorsque « *la décision individuelle est basée sur les règles dont l'illégalité est alléguée* »⁷⁷¹.

378. En revanche, en droit interne, l'exception d'illégalité des actes non réglementaires était jusqu'à 2011 soumise à des conditions d'opérance moins nettement définies⁷⁷², la sécurité juridique étant traditionnellement plutôt garantie par la rigueur de ses conditions de recevabilité. L'introduction par le décret du 28 novembre 1983 de la règle codifiée à l'article R. 421-5 du CJA d'après laquelle un acte ne peut devenir définitif qu'à la condition que ses voies et délais de recours aient été régulièrement notifiés est venue diminuer l'efficacité de ce premier filtre, si bien que le juge administratif a fini par unifier les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité dans l'arrêt *Sodemel*⁷⁷³. Si cette évolution implique un resserrement de

767 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Exciper d'une nomination illégale », *AJDA* 2017, p. 517.

768 Xavier DOMINO, *id.*

769 Liliane PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des communautés européennes et leurs effets*, Bruylant, 1975, p. 268 ; Sean VAN RAEPENBUSCH, *id.*, p. 98.

770 CJCE, 13 juillet 1966, aff. 32/65, *Italie c/ Commission*, rec. p. 563, spec. p. 594.

771 CJCE, 28 octobre 1981, aff. 275/80, *Krupp c/ Commission*, § 32.

772 Notamment la condition que l'acte contesté soit la « conséquence directe » de l'acte dont l'illégalité est excipée, par ex. : CE, avis, 28 juillet 2000, n° 220301, *Boullay* ; voir Jean GOURDOU, *op.cit.*, p. 50.

773 Ce resserrement de l'opérance s'accompagne désormais d'une réduction de la recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires, induite par l'extension de la jurisprudence *Czabaj* (cf. supra, 1.).

l'exception d'illégalité des actes non réglementaires, dont l'opérance paraît désormais dépendre de l'existence d'une étroite relation d'application, certaines décisions du Conseil d'État témoignent encore d'une interprétation relativement souple de la notion de mesure d'application d'un acte non réglementaire, et donc d'un certain attachement à son approche traditionnelle⁷⁷⁴.

379. Chaîne d'illégalité. En limitant l'opérance de l'exception d'illégalité aux hypothèses dans lesquelles l'acte contesté peut être considéré comme une mesure d'application de l'acte dont l'illégalité est excipée, le juge conditionne l'invocabilité de ce moyen à l'existence d'un lien juridique suffisamment fort entre les deux actes pour que l'illégalité de l'un entraîne inmanquablement celle de l'autre. Le juge ne déduit pas de toute « *corrélation* »⁷⁷⁵ entre deux décisions que celles-ci sont unies par une relation d'application suffisante, et une conception orthodoxe de la notion de mesure d'application l'amène classiquement à nier ce caractère aux décisions dont l'adoption a simplement été *rendue possible* par l'existence d'un autre acte antérieur. Il se montre ainsi plus rigoureux qu'en matière d'annulation par voie de conséquence, qui peut être prononcée lorsqu'un lien plus lâche unit deux actes et *a fortiori* lorsque l'exception d'illégalité serait opérante. Si les deux mécanismes partagent une même finalité, celle de tirer les conséquences de l'illégalité d'un acte sur une décision subséquente, ils s'inscrivent en effet dans des temporalités différentes qui justifient ces variations : comme le soulignent Aurélie Bretonneau et Jean Lessi, les « *décisions dont l'ébranlement en début de chaîne est actionné pour provoquer la chute des actes qui y sont adossés* » ne présentent pas le même « *degré de cristallisation juridique* »⁷⁷⁶ dans un cas et dans l'autre. Le caractère potentiellement perpétuel de l'exception d'illégalité justifie l'exigence d'une « *filiation juridique* »⁷⁷⁷ directe avec la mesure d'application contestée.

380. Appréhension stricte de la notion de mesure d'application. L'arrêt *Bert* du Conseil d'État illustre la conception orthodoxe de cette notion en jugeant que des arrêtés créant des zones d'aménagement concerté ne sont pas pris pour l'application d'un arrêté réduisant l'étendue d'un lotissement, qui a pourtant permis leur adoption⁷⁷⁸. De même, bien qu'une opération ne puisse légalement être déclarée d'utilité publique que si elle est compatible avec

774 A propos de l'opérance du moyen tiré de l'illégalité d'une nomination au sein d'un organe à l'encontre d'une décision prise cet organe : CE, 16 décembre 2016, n° 391663, *Association Oiseaux Nature*, AJDA 2017, p. 517, chron. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET.

775 Mattias GUYOMAR, *id.*

776 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

777 Jean GOURDOU, *op. cit.*, p. 53.

778 CE, sect., 17 octobre 1980, n° 09255, *Bert*, rec. p. 370, concl. Daniel LABETOULLE.

les orientations du schéma directeur ou du SCOT, une jurisprudence constante estime que la déclaration d'utilité publique ne constitue pas une mesure d'application de ce schéma⁷⁷⁹, « *non plus d'ailleurs que d'un autre document d'urbanisme* » et ce, comme le souligne l'arrêt *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, même lorsque « *ce document d'urbanisme ou sa modification aurait eu pour objet de rendre possible l'opération déclarée d'utilité publique* »⁷⁸⁰. La réticence du Conseil d'État à retenir une conception plus large de la notion de mesure d'application alors qu'un lien entre les actes pourrait être identifié⁷⁸¹ s'explique précisément par une volonté de garantir la stabilité des situations juridiques.

381. Emploi de la notion de mesure d'application au service d'une politique jurisprudentielle de stabilisation. Cette préoccupation a non seulement justifié que certaines décisions ne soient jamais considérées comme des mesures d'application, mais a également amené le juge à nier ce caractère à des actes qu'il avait pourtant préalablement reconnus comme tels. En effet, alors que le juge admettait classiquement que l'illégalité d'un document d'urbanisme pouvait être utilement invoquée à l'encontre d'une autorisation individuelle, qui pouvait être regardée comme un acte pris « en application » du document d'urbanisme⁷⁸², l'arrêt de 1986 *Société Gepro*⁷⁸³, précisé par l'arrêt de 1987 *Association « Comité de défense des espaces verts »*⁷⁸⁴ et l'arrêt *Assaupamar* de 1991⁷⁸⁵, est venu opérer une dissociation de ces actes pour « réagir » à certaines « déviations » de l'exception d'illégalité⁷⁸⁶. Il résulte de cette jurisprudence que « *si le permis de construire ne peut être délivré que pour un projet de construction respectant la réglementation d'urbanisme applicable, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation* ».

382. Cette dissociation peut trouver une explication dans la circonstance que les autorisations d'urbanisme peuvent être adoptées indépendamment de l'existence d'un document comme le plan local d'urbanisme, qui « *ne fait qu'organiser les modalités*

779 CE, 23 mars 1979, n° 10798 à 10803, *Mme Canu et autres* ; CE, 7 juillet 1997, n° 172050, *Ragot*.

780 CE, sect., 25 février 2005, n° 248060, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, précité.

781 Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bert*, Daniel Labetoulle estimait ainsi que « *dire que ce n'est qu'au vu d'un acte A qu'un acte B peut intervenir c'est bien dire que l'acte B est pris « en application » de l'acte A* », et soulignait le « *lien direct et nécessaire* » existant entre deux actes dans le cas où « *seule l'intervention du premier acte rend possible l'intervention du second* » (p. 374).

782 David LABOUYSSE, *id.*, § 38.

783 CE, sect., 12 décembre 1986, n° 54701, *Société GEPRO*, rec. p. 282 concl. Christian VIGOUROUX.

784 CE, 28 janvier 1987, n° 39146, *Association « Comité de défense des espaces verts »*, AJDA 1987, p. 279, concl. Christian VIGOUROUX.

785 CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, *Assaupamar*, RFDA 1991, p. 149, concl. Henri TOUTEE.

786 Daniel LABETOULLE, « *Principe de légalité et principe de sécurité* », *Mel. Braibant*, p. 411.

d'exercice d'un droit d'utilisation du sol qui lui préexiste »⁷⁸⁷. À l'inverse, les décisions de refus sont encore considérées comme des décisions d'application des règles d'urbanisme locales existantes, dont l'illégalité est donc susceptible d'être invoquée par voie d'exception⁷⁸⁸.

383. Malgré cette négation du lien d'application pour les décisions d'autorisation, le juge admettait l'opérance de l'exception d'illégalité sous l'empire de la jurisprudence *Assaupamar* lorsque le permis apparaissait indissociable du document d'urbanisme, dans le cas où l'illégalité de cet acte affectait « *une disposition ayant pour objet de rendre possible l'octroi de l'autorisation* ». Le Conseil d'État a manifesté en 2005 un renoncement à ce critère de l'indissociabilité dans l'arrêt *Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, réaffirmant une « *approche restrictive du lien juridique justifiant le jeu de l'exception d'illégalité* »⁷⁸⁹, avant de définir une nouvelle condition à son utilité en matière d'urbanisme par la jurisprudence *Commune de Courbevoie*. Combinant la prémisse de la jurisprudence *Société Gepro*, qui dénie aux autorisations individuelles le caractère de mesures d'application des documents d'urbanisme, à la règle législative aujourd'hui codifiée à l'article L. 600-12 du code de l'urbanisme d'après laquelle l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un document d'urbanisme emporte la remise en vigueur du document immédiatement antérieur⁷⁹⁰, le Conseil d'État considère désormais qu'« *il peut être utilement soutenu devant le juge qu'un permis de construire a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal (...) à la condition que le requérant fasse en outre valoir que ce permis méconnaît les dispositions pertinentes ainsi remises en vigueur* ». L'illégalité du permis litigieux, dans une telle hypothèse, ne résulte donc pas de l'illégalité du document sous l'empire duquel il a été adopté, mais de son incompatibilité avec le document antérieur rétabli. Pour sa part, l'opérance du mécanisme de l'exception d'illégalité d'un document d'urbanisme ne dépend pas de l'existence d'un lien avec l'autorisation dont le juge persiste à réfuter l'existence, mais du fait que le requérant développe une « *argumentation à double détente* »⁷⁹¹, en contestant également la compatibilité de l'autorisation avec le document susceptible d'être remis en vigueur. Cette redéfinition des conditions d'opérance de l'exception d'illégalité, associée

787 René CHAPUS, *id.*, p. 686.

788 CE, 30 décembre 2009, n° 319942, *Commune du Cannet des Maures*, rec. T. 911.

789 Anne COURREGES, « Conséquences de l'illégalité d'un document d'urbanisme sur une autorisation individuelle », *RJEP* 2008, n° 656, comm. 38, concl. sur CE, sect., 7 février 2008, n° 297227, *Commune de Courbevoie*, *DA* 2008, n° 4, comm. 61, Fabrice MELLERAY ; *Jcp A* 2008, n° 18, 2113, David BAILLEUL.

790 Ancien art. L. 121-8 c. urbanisme.

791 David LABOUYSSE, *id.*, § 37.

notamment aux dispositions de l'article L. 600-1 régissant sa recevabilité, distingue fortement le régime appliqué à ce mécanisme en droit de l'urbanisme par rapport au contentieux administratif général, et favorise d'autant plus la stabilité des situations juridiques au prix d'une certaine complexité.

384. Tandis que les conditions de recevabilité temporelle de l'exception d'illégalité varient selon la nature des actes, la condition tenant à l'existence d'un lien d'application traduit une certaine unité conceptuelle du mécanisme, centré sur la censure des illégalités en chaîne. Cette unité est relativisée par le développement d'une logique propre au contrôle incident des actes réglementaires.

B - Le développement d'une conception « dynamique » de la légalité dans le contrôle par voie d'exception par la limitation de l'invocabilité temporelle des vices de forme et de procédure

385. Décision CFDT Finances. Alors que les actes administratifs réglementaires sont les plus susceptibles d'être contrôlés par voie d'exception, l'arrêt d'assemblée du 18 mai 2018 *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*⁷⁹² est venu limiter les moyens invocables à leur encontre au-delà du délai de recours par voie d'action. Il résulte de cette décision au caractère normatif très prononcé⁷⁹³ que, par voie d'exception ou à l'occasion d'un recours contre une décision refusant d'abroger un règlement, si « *la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édition de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux* ».

386. Invocabilité des moyens. Cette restriction des moyens invocables concerne avant tout le contrôle incident de l'acte réglementaire dont le requérant espère démontrer l'illégalité afin d'obtenir l'annulation de la mesure d'application qu'il conteste ou de la décision refusant son abrogation. Du point de vue de l'acte réglementaire de base, elle peut ainsi être analysée

792 CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT*, RFDA 2018, p. 649, concl. Aurélie BRETONNEAU, p. 662, comm. Denys de BECHILLON, p. 665, comm. Pierre DELVOLVE ; AJDA 2018, p. 1206, chron. Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS ; Jcp A 2018, n° 21, act. 469, Mathieu TOUZEIL-DIVINA, n° 49, 2333, chron. Olivier LE BOT ; DA 2018, n° 10, comm. 45, Gweltaz EVEILLARD ; Gaz. Pal. 2018, n° 34, p. 30, Bertrand SEILLER ; RDP 2018, p. 521, chron Hélène PAULIAT.

793 L'arrêt est pourtant présenté très modestement par le Conseil d'État comme une décision précisant les modalités de contestation de l'acte réglementaire.

comme une forme d'irrecevabilité temporelle de certains moyens, reposant sur une logique proche de la jurisprudence *Intercopie*. Elle influence cependant, de manière indirecte, l'opérance de l'exception d'illégalité elle-même : en effet, le juge en déduit dans cet arrêt que la fédération requérante ne peut utilement invoquer « à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir » de la décision refusant d'accéder à sa demande d'abrogation d'un décret, de moyen tiré d'un défaut de légalité formelle ou procédurale de cet acte. Ainsi, l'exception d'illégalité de l'acte réglementaire ne paraît susceptible de constituer, au soutien d'un recours par voie d'action, un moyen opérant que dans la mesure où elle repose sur une illégalité interne imputée à cet acte ou sur l'incompétence de son auteur⁷⁹⁴.

387. Justification de la restriction par le caractère de permanence des actes réglementaires. Presque paradoxalement, le juge administratif a motivé cette nouvelle limitation temporelle des moyens invocables à l'encontre des actes réglementaires et de leur exception d'illégalité en s'appuyant sur le caractère justifiant qu'ils puissent perpétuellement faire l'objet de recours obliques : leur permanence. Il est vrai que les actes réglementaires ont vocation à s'appliquer sans limitation de durée, et n'épuisent pas leurs effets par la simple application de leurs dispositions. Il en résulte que l'existence d'un tel acte est susceptible de porter à toute époque des « atteintes illégales »⁷⁹⁵ à l'ordre juridique, lorsque la règle qu'il pose contredit une norme supérieure ou lorsqu'elle a été adoptée soit par une autorité incompétente soit dans un but étranger à l'intérêt général. Dans la mesure où ces vices permettent l'adoption et la réitération d'une norme qui ne devrait pas être, le Conseil d'État entend pouvoir les examiner tout au long de la vie de l'acte réglementaire. Il estime en revanche, ainsi que le soulignent les conclusions du rapporteur public Aurélie Bretonneau, que l'existence et l'application potentielle d'un contenu normatif illégal ne découlent pas « du seul fait que le contenant de la règle, à savoir l'acte réglementaire lui-même, procède d'imperfections formelles »⁷⁹⁶. Si des vices de forme ou de procédure sont susceptibles d'exercer une influence sur le contenu de l'acte réglementaire, ils en sont dissociés au-delà du délai de recours et ne devraient donc pouvoir être contrôlés pour eux-mêmes que dans le « temps utile »⁷⁹⁷ du recours par voie d'action. La jurisprudence *CFDT Finances* conforte

794 En ce sens, Michaël REVERT, « La recevabilité de l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme à l'épreuve du droit spécial de l'article L. 600-1 », *RDI* 2019, p. 181.

795 CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, précité.

796 Aurélie BRETONNEAU, *id.*

797 *Id.*

ainsi une évolution globale du recours pour excès de pouvoir, « *qui exige des justiciables qu'ils ciblent davantage le fond du problème contentieux* »⁷⁹⁸.

388. Absence de référence à la sécurité juridique dans la motivation. A la différence, notamment, de l'arrêt *Czabaj*, les motifs de l'arrêt *CFDT Finances* ne font pas référence à l'idée ou au principe de sécurité juridique pour justifier une restriction du droit au recours, ici caractérisée par la limitation des moyens invocables. A en croire les commentateurs autorisés, cette évolution n'était pas « *commandée* » par le respect d'une norme supérieure ou par l'évolution des pratiques administratives, et ne visait « *à répondre à aucun impératif pressant, notamment pas à celui de gérer un afflux de requêtes* »⁷⁹⁹.

389. Justification de la solution par une volonté de correction de la jurisprudence *Alitalia*. Les conclusions du rapporteur public la présentent essentiellement comme la correction d'un effet induit de la jurisprudence *Alitalia*, aujourd'hui codifiée au premier alinéa de l'article L. 243-2 du CRPA. Alors que l'administration était simplement tenue d'abroger ses règlements *devenus* illégaux du fait d'un changement de circonstances, cette décision était venue étendre le champ de cette obligation aux règlements dont l'illégalité *initiale* n'avait pas été relevée pendant le délai de recours. En ce sens, la solution apportée par l'arrêt *Alitalia* renforçait la protection des administrés et du principe de légalité en permettant de mettre fin à une illégalité de fond non décelée à temps, mais elle impliquait du même coup que les vices de légalité externe, jusqu'alors injusticiables en dehors du délai de recours, pouvaient être à nouveau contestés.

390. Cette attraction indifférenciée et presque « *accidentelle* »⁸⁰⁰ de l'ensemble des vices de l'acte réglementaire dans le champ du contrôle incident ne paraissait plus souhaitable dans l'état du droit contemporain, Aurélie Bretonneau identifiant trois inconvénients pour justifier la solution proposée⁸⁰¹. Le premier tenait aux difficultés du contrôle incident d'une illégalité externe ancienne. Par voie d'action, le juge doit en effet procéder, conformément à la jurisprudence *Danthy*, à une analyse circonstanciée et concrète des effets d'un vice de

798 Camille BROYELLE in « La jurisprudence *CFDT Finances* : illustration d'un mouvement de sécurisation des actes administratifs. Entretien avec Camille Broyelle et Bertrand Seiller. », *Revue DPA* 2018, p. 14.

799 Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, *id.*

800 Aurélie BRETONNEAU, in table ronde n° 2 « Légalité et sécurité juridique en droit interne », colloque *Principe de légalité, principe de sécurité juridique*, Conseil d'État, vendredi 16 novembre 2018 (vidéo accessible en ligne sur www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/Les-Entretiens-du-contentieux-du-Conseil-d-Etat-Principe-de-legalite-principe-de-securite-juridique).

801 Aurélie BRETONNEAU, *id.*, *RFDA* 2018, p. 649.

procédure pour déterminer ses conséquences sur la légalité de l'acte. La cohérence paraissait plaider pour l'extension explicite de cette méthode au contrôle par voie d'exception, mais cette option se heurtait à la difficulté pour le juge de procéder à une telle analyse à propos « *d'une procédure dont la mémoire est perdue* »⁸⁰². Le deuxième résidait dans le « *paradoxe* » d'après lequel le juge ne pourrait pas exercer un même contrôle sur les effets de sa décision lorsque l'illégalité est constatée par voie d'action ou par voie d'exception. Le rapporteur public soulignait que les conséquences de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir peuvent, lorsqu'elles sont manifestement excessives, être modulées, de telle sorte que ses éventuelles mesures d'application pourraient ne pas être annulées par voie de conséquence. En revanche, par voie d'exception où, selon elle, « *la portée optiquement restreinte de chacun des litiges interdit au juge de regarder les conséquences de sa décision comme manifestement excessives* », le constat d'une illégalité externe quelconque dans l'acte de base impliquerait inévitablement la censure mécanique de sa mesure d'application. Enfin, le troisième inconvénient consistait dans la « *mauvaise insertion* » de l'invocabilité des vices de forme et de procédure dans le contentieux du refus d'abroger, « *né de la théorie du changement de circonstances* » et « *tourné vers l'avenir* ». La combinaison du principe général du droit révélé en 1989 par l'arrêt *Alitalia* avec le pouvoir d'injonction conféré au juge par le législateur en 1995 a en effet mis en évidence que l'intérêt de ce contentieux réside dans la possibilité qu'il soit enjoint à l'administration d'abroger le règlement illégal, l'annulation de la décision de refus n'ayant pas d'effet utile par elle-même. Or, l'abrogation d'un règlement entaché d'une illégalité externe mais dont le contenu serait par ailleurs légal ne s'opposerait pas à ce que l'administration reprenne le même acte en respectant les règles procédurales méconnues : une sanction rappelant de la sorte l'administration aux exigences qui s'imposent à elle n'est pas dépourvue de sens dans le cadre d'un recours engagé dans les délais, mais par voie d'exception, son utilité peut apparaître plus faible au regard de l'ancienneté de l'acte contrôlé. Au regard de ces éléments, l'évolution apportée par l'arrêt *CFDT Finances* paraît autant découler de la recherche d'une cohérence globale du contrôle de légalité que de considérations techniques.

391. Influence de l'exigence de stabilité des situations. Si la décision ne le mentionne pas, l'objectif de protection de la sécurité juridique, envisagée du point de vue de l'administration, n'est pourtant pas ignoré par le juge, ce que révèlent d'ailleurs nettement les

802 Voir toutefois CE, 9 novembre 2015, n° 385962, *Syndicat national solidaires justice* (inédit), où le juge annule le refus d'abroger une note ministérielle sur le seul fondement de l'illégalité procédurale résultant du défaut de consultation du comité technique, avant d'enjoindre au ministre de procéder à l'abrogation.

conclusions du rapporteur public. Elles soulignent en particulier que la solution qu'elles proposent s'inscrit dans la lignée de nombreuses décisions qui contribuent à son renforcement, et qui participent d'un mouvement général de « *modernisation du recours pour excès de pouvoir passant précisément par une prise en compte des effets de l'écoulement du temps sur la portée et l'opportunité, au regard du principe de sécurité juridique, d'une annulation contentieuse* ».

392. Filiation avec l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme. La règle prétorienne issue de l'arrêt *CFDT Finances* peut également être rapprochée de différents dispositifs comparables⁸⁰³ dont la finalité protectrice de la stabilité des situations est évidente, et en particulier de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme : ses dispositions organisent déjà, au stade de la recevabilité, une restriction temporelle des moyens invocables par voie d'exception. Moins sévère que celle décidée par le Conseil d'État⁸⁰⁴, la restriction résultant de cet article avait été jugée conforme au droit au recours par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 93-335 DC, qui relevait toutefois explicitement qu'elle revêtait un caractère limité au seul droit de l'urbanisme et qu'elle ne s'opposait pas à la possibilité de contester une décision refusant d'abroger un acte entaché d'illégalités externes. Cette décision a dès lors pu être interprétée comme un obstacle rassurant à une « *extension immodérée par contagion de cette dérogation à d'autres domaines* »⁸⁰⁵ que le droit de l'urbanisme, interdisant *a fortiori* toute restriction en matière d'abrogation. Le rapporteur public a toutefois convaincu le Conseil d'État d'écarter cette vision littérale de la décision n° 93-335 DC, en relevant que « *la*

803 Dans une certaine mesure, ce dispositif peut être rapproché de celui que prévoit l'alinéa 2 de l'article L. 243-2 du CRPA, d'après lequel l'administration est tenue d'abroger un acte non-réglementaire s'il devient illégal du fait d'un changement de circonstances. Certes, une analogie entre les actes réglementaires et ceux qui ne le sont pas n'est pas nécessairement pertinente (sur ce point, voir Gweltaz EVEILLARD, *id.*). Il est cependant permis de relever que cet aspect du régime des actes non-réglementaires est favorable à la sécurité juridique dans la mesure où il n'exige pas que leur illégalité initiale (et notamment externe) soit censurée au-delà du délai de recours, et que le régime des actes réglementaires s'est rapproché de cet équilibre entre sécurité et légalité. Plus nettement, la solution de l'arrêt *CFDT Finances* est tout à fait comparable au dispositif institué, en matière de contentieux du stationnement payant, par le premier aliéna de l'article L. 2333-87-7 du CGCT, issu de l'ordonnance n° 2015-401 du 9 avril 2015, qui prévoit que « *l'illégalité pour vice de forme ou de procédure de la délibération instituant, sur le fondement de l'article L. 2333-87, une redevance de stationnement* » ne peut être invoquée devant la commission du contentieux du stationnement payant.

804 Daniel Labetoulle souligne toutefois que le mécanisme de l'article L. 600-1 tel qu'il est issu de la loi « Bosson » de 1994 est lui-même moins sévère que la proposition formulée par le Conseil d'État dans son rapport de 1992 pour un droit de l'urbanisme plus efficace, qui suggérait une suppression totale de l'exception d'illégalité pour vice de forme d'un POS pour contester une autorisation individuelle prise sur son fondement (cf. *Mel. Braibant*, p. 411).

805 Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Le Conseil constitutionnel et la « petite » loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme », *RDI* 1994, p. 163.

chute de la décision est que le moyen de méconnaissance du droit au recours manque en fait, et non que l'article L. 600-1 tangente un seuil dont il serait exclu de se rapprocher »⁸⁰⁶.

393. Le droit de l'urbanisme semble ainsi avoir une nouvelle fois servi de « *laboratoire* »⁸⁰⁷ ou d'« *éclaireur* »⁸⁰⁸ du contentieux administratif général. C'était afin de répondre à des « *dérèglements* »⁸⁰⁹ de l'exception d'illégalité, parfois employée davantage pour contester l'acte dont l'illégalité est excipée que la décision directement attaquée devant le juge, que le législateur avait retenu ce dispositif et que le Conseil d'État avait adopté la jurisprudence *Société Gepro*. Il s'agissait alors d'atténuer le principe de légalité « *pour assurer une plus forte dose de sécurité au détenteur d'une autorisation administrative individuelle* »⁸¹⁰ au cours d'un contentieux triangulaire, et de faire en sorte que « *les décisions individuelles d'urbanisme (...) ne puissent, autant que possible, être annulées qu'en raison de leurs vices propres* »⁸¹¹. Cette logique se retrouve dans l'arrêt *CFDT Finances* qui, en empêchant l'invocation des vices de légalité externe de l'acte contesté incidemment au soutien du recours contre une de ses mesures d'application, implique que celle-ci ne peut être annulée que pour un vice propre ou une illégalité de fond *effectivement transmise* par l'acte de base. En ce qui concerne plus particulièrement le contentieux du refus d'abrogation, elle y apparaît également dans la prise en compte de certains intérêts extérieurs et potentiellement contraires à ceux du requérant. En effet, si l'acte réglementaire n'est pas susceptible d'être l'objet d'un contentieux triangulaire, à la différence d'une décision individuelle telle qu'un permis de construire, sa généralité et son abstraction font qu'il concerne malgré tout davantage d'intéressés que les seuls requérants qui en demandent l'abrogation. Les intérêts, qu'ils soient privés ou publics, de ces tiers peuvent être satisfaits par le maintien d'un acte entaché d'une irrégularité externe mais dont le contenu lui-même n'apparaît pas contraire à la légalité. Le choix de leur accorder une protection au détriment du principe de légalité et de l'intérêt du requérant est indéniablement celui de faire prévaloir la stabilité des règles en vigueur et des actes de l'administration.

806 Aurélie BRETONNEAU, *id.*

807 Gweltaz EVEILLARD, *id.*

808 Daniel LABETOUILLE, « Bande à part ou éclaireur ? », *AJDA* 2013, p. 1897.

809 Daniel LABETOUILLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Braibant*, p. 411.

810 *Ibid.*

811 René CHAPUS, *id.*, p. 686.

394. Critiques. Ce choix a été reçu par la doctrine avec une certaine hostilité⁸¹². Celle-ci s'explique en partie par la force symbolique de la décision *CFDT Finances*, probablement supérieure à sa portée concrète sur le plan contentieux. La restriction du droit au recours décidée par le Conseil d'État est en effet moins lourde de conséquences pour le justiciable que celle résultant, par exemple, de la jurisprudence *Czabaj*. Présentée comme le « bouquet final »⁸¹³ d'une salve d'arrêts privilégiant la sécurité juridique, elle apparaît cependant comme une atteinte de plus, peut-être celle de trop, portée par le juge au principe de légalité. Elle semble même d'autant plus significative que les arrêts annulant des décisions refusant d'abroger un acte réglementaire au regard de ses illégalités externes sont rares⁸¹⁴.

395. Au-delà du symbole que représente une faveur de plus faite à la sécurité juridique dans sa conciliation avec le principe de légalité, la solution de l'arrêt *CFDT Finances* elle-même fait l'objet de contestations. Son opportunité peut être discutée et les mérites d'autres options moins radicales, telles que l'extension explicite de la jurisprudence *Danthony*⁸¹⁵ au contrôle incident ou le développement d'un pouvoir de modulation des effets de la déclaration d'illégalité, peuvent être soulignés. Surtout, en fermant la voie au contrôle et à la sanction de certains vices des actes réglementaires, l'arrêt *CFDT Finances* implique une importante rupture avec la conception traditionnelle du contentieux de ces actes en droit administratif français, qui permettait un contrôle intégral de leur légalité, par voie d'action comme par voie d'exception⁸¹⁶. L'acte réglementaire est, au regard de son contenu général, abstrait et permanent « un acte législatif au sens matériel »⁸¹⁷, et son *negotium* normatif est étroitement

812 Benoît PLESSIX, « Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire », *DA* 2018, n° 7, repère 7 ; Fabrice MELLERAY, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018, p. 1241 ; Bertrand SEILLER, « Le droit à l'erreur : pour qui ? », *AJDA* 2018, p. 1465 ; Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *id.* ; Thomas PERROUD, « La fermeture globale de la justice », Blog *Jus Politicum* (blog.juspoliticum.com), 28 juin 2018 ; Paul CASSIA, « Le Conseil d'Etat abime les principes de légalité et de sécurité juridique », Blogs Médiapart, Le blog de Paul Cassia (blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog), 22 mai 2018 ; pour une opinion doctrinale favorable, voir Camille BROUELLE in « La jurisprudence *CFDT Finances* : illustration d'un mouvement de sécurisation des actes administratifs. Entretien avec Camille Brouelle et Bertrand Seiller. », *Revue DPA* 2018, pp 12 et s.

813 Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, *id.*

814 Fabrice MELLERAY, *id.* ; Aurélie Bretonneau recense elle-même quatre illustrations : CE, 5 octobre 1990, n° 74376, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public* (incompétence de l'auteur d'une circulaire) ; CE, sect., 30 juillet 2003, n° 237201, *GEMTROT* (défaut de consultation d'une commission) ; CE, 30 mars 2005, n° 268603, *SARL Briadel et autres* (adoption d'un arrêté réglementant la fermeture de boulangeries et dépôts de pain sans recueillir l'accord des syndicats d'employeurs et de travailleurs de la profession concernée, exigé par les dispositions de l'art. L. 22117 du code du travail) ; CE, 9 novembre 2015, n° 385962, *Syndicat national solidaires justice* (défaut de consultation du comité technique ministériel).

815 Une telle évolution était déjà suggérée dans la thèse du professeur Jean Gourdou, qui se montrait favorable à la transposition de la logique de distinction entre les irrégularités substantielles et non substantielles au contrôle des actes par voie d'exception, cette méthode paraissant favorable à la généralisation de mécanismes semblables à celui de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme (*op. cit.*, p. 627).

816 Benoît PLESSIX, *id.*

817 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 3^e ed. 1925, réed. Dalloz 2005, p. 28.

imbriqué aux conditions de son édicition. Comme l'affirme le professeur Benoît Plessix, « dans une législation secondaire » telle que l'acte réglementaire, le fond et la forme constituent « un tout insécable »⁸¹⁸. Cette spécificité n'implique pas qu'aucune distinction ne puisse être aménagée quant aux modalités d'examen des différentes illégalités susceptibles d'affecter l'acte, mais paraît tout de même exiger qu'une possibilité de contrôle persiste. Ainsi, en renonçant à une conception globale de la légalité de l'acte réglementaire, le juge administratif lui applique un mouvement « de sécurisation et de subjectivisation, davantage justifié pour des actes individuels porteurs d'intérêts contraires »⁸¹⁹, ce qui l'éloigne de la tradition objectiviste du contrôle de légalité de cet acte-règle.

396. Il est pourtant vrai que la décision *CFDT Finances* procède à une forme de rapprochement du régime contentieux des actes matériellement législatifs, souligné par les conclusions d'Aurélié Bretonneau, ce qui peut tempérer cet argument : si le respect de la procédure législative est susceptible d'être contrôlé par le Conseil constitutionnel par voie d'action, le contrôle incident permis par la QPC ne peut porter que sur une inconstitutionnalité de fond. Le juge administratif, chargé du contrôle de conventionnalité de la loi, estime quant à lui qu'il ne peut utilement être saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption d'une loi n'aurait pas été conforme aux stipulations d'un traité⁸²⁰. Il ne serait donc pas absurde que le contrôle incident de la légalité d'un acte matériellement législatif se concentre sur son contenu.

397. L'assimilation du régime contentieux de la loi et des actes réglementaires, si elle n'est pas dénuée de pertinence, doit toutefois être relativisée dans la mesure où leurs régimes procéduraux ne sont pas strictement comparables. Il est vrai que les règles procédurales constitutionnelles et administratives concernent toutes l'élaboration d'un acte juridique. Certaines règles de procédure législative, telles que celles relatives à la consultation préalable d'institutions comme le Conseil d'État ou le CESE, sont d'ailleurs particulièrement proches de règles de procédure en matière administrative. Cependant, les règles procédurales auxquelles sont soumis le législateur et l'administration remplissent des fonctions assez nettement distinctes. Il est classiquement admis que les règles de procédure qui s'imposent à l'administration sont « destinées à éclairer l'autorité compétente, ainsi que dans certains cas

818 Benoît PLESSIX, *id.*

819 *Ibid.*

820 CE, 27 octobre 2015, n° 393026, *Allenbach*.

à garantir le plus de respect des droits et intérêts des administrés »⁸²¹. Elles s'inscrivent à ce titre dans une relation binaire entre l'administration, auteur unique de l'acte, et les administrés-destinataires, qui peuvent directement bénéficier de leur application. Les règles procédurales prévues par la Constitution sont « liées notamment au parlementarisme rationalisé »⁸²² et concernent à ce titre plus directement les institutions qui participent à l'élaboration et à l'adoption de la loi – le gouvernement, les chambres parlementaires – que les citoyens-destinataires. C'est au demeurant parce que ces derniers ne sont concernés qu'au second degré par le respect des règles constitutionnelles d'ordre procédural qu'ils ne peuvent s'en prévaloir incidemment au soutien d'une QPC. Alors que les citoyens n'ont, de toute façon, jamais disposé d'une voie de droit, directe ou incidente, leur permettant de réclamer le respect d'une règle constitutionnelle de procédure législative dont ils ne sont pas considérés comme les bénéficiaires⁸²³, les administrés ont perdu une possibilité de se prévaloir des irrégularités procédurales des actes réglementaires qui leur était légitimement reconnue. Si l'ouverture de la QPC marquait ainsi une avancée de la protection des droits constitutionnels des citoyens, l'alignement des régimes contentieux de la loi et du règlement opéré par la décision *CFDT Finances* s'analyse, sur ce point, comme un recul concret du droit au recours.

398. Le rapprochement des jurisprudences *Sodemel*, *Société Gepro/Commune de Courbevoie* et *CFDT Finances* met en évidence que la définition des conditions d'opérance de l'exception d'illégalité est un levier puissant d'une politique jurisprudentielle favorable à la stabilité des situations juridiques fondées par les actes administratifs. En toute hypothèse, le juge exige pour annuler l'acte contesté directement qu'il soit réellement contaminé par l'illégalité de l'acte contrôlé par voie d'exception, ce qu'il n'admet que lorsqu'un lien fort existe entre les deux et que l'acte dont l'illégalité est excipée, dans l'hypothèse la plus fréquente où il s'agit d'un acte réglementaire, est entaché d'une illégalité interne ou d'incompétence, étant entendu qu'un changement de circonstances peut mettre fin à cet état et sauver l'acte de la déclaration d'illégalité⁸²⁴.

821 René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, p. 1030.

822 Ariane VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA* 2008, p. 899.

823 V. cependant Théo DUCHARME, « La procédure législative et la question prioritaire de constitutionnalité : un acte manqué ? », *RDP* 2021, p. 1585.

824 CE, 4 octobre 2021, n° 448651, *SA Ceetrus France*, *DA* 2021, n° 12, act. 169 Anne COURREGES. Sur la possibilité qu'un changement des règles de droit mette fin à l'incompétence de l'auteur de l'acte réglementaire, v. CE, sect., 19 juillet 2019, n° 424216, *Asso. des américains accidentels*, cons. n° 7.

399. Il apparaît donc, d'une manière générale, que les conditions de l'exception d'illégalité sont toutes entières dédiées à la conciliation de la stabilité des situations juridiques et du principe de légalité. Cette conciliation repose sur une distinction des actes normatifs à portée générale et des actes non réglementaires ou individuels, et vise à permettre que la légalité des premiers, à tout le moins ses éléments jugés les plus importants et notamment leur contenu, puisse être contrôlée aussi longtemps qu'ils sont susceptibles de s'appliquer. Elle tend en revanche à assurer une plus importante stabilité au-delà du délai de recours aux autres décisions, en n'admettant leur examen que de manière exceptionnelle : dans la mesure où elles produisent des effets individualisés qui, le plus souvent, s'épuisent au moment de leur application, leur contentieux s'inscrit dans une temporalité limitée, qui peut être celle du délai de recours ou d'une opération complexe. La conciliation opérée permet ainsi de garantir en tout temps la conformité des règles générales du droit positif aux normes hiérarchiquement supérieures, tout en protégeant en particulier les décisions individuelles consolidées par l'écoulement du délai de recours par voie d'action.

Conclusion du Chapitre 1

400. L'idée de stabilité des situations juridiques renvoie à la capacité de telles situations à se maintenir dans le temps, pendant une durée déterminée à l'avance ou non. Elle ne peut ainsi être appréhendée sans tenir compte d'un paramètre temporel.

401. Le délai pour agir constitue l'étalon permettant de mesurer le degré de stabilité dans le temps d'une situation donnée *face au risque d'une remise en cause juridictionnelle*. Institués par la puissance publique, ils traduisent nécessairement un arbitrage politique complexe entre des valeurs juridiques qui s'opposent tout en partageant leurs inspirations. Alors que l'exigence de stabilité, dérivée du principe de sécurité juridique, tend au maintien des actes ou situations, le droit au recours et le principe de légalité, dont la mise en œuvre contribue à la certitude de l'ordonnement juridique et à la prévisibilité du droit, peuvent impliquer leur anéantissement.

402. En tant que critère de recevabilité des requêtes, le délai de recours est un mécanisme efficace et essentiel de stabilisation des rapports juridiques, notamment en raison de sa brièveté. Le court délai du recours pour excès de pouvoir ou des recours en annulation qui lui sont voisins permet en effet aux actes de la puissance publique d'acquérir rapidement un caractère définitif. Calculé le plus souvent sans considération de la nature de l'acte, il se présente en ce sens comme un mécanisme transversal de stabilisation, dont la portée est néanmoins susceptible de connaître des variations en fonction du caractère réglementaire ou non de l'acte envisagé : alors que les actes non réglementaires n'ont plus vocation à faire l'objet d'un recours contentieux et peuvent développer une prétention à l'intangibilité de leurs effets une fois devenus définitifs, les actes réglementaires conservent un degré de précarité non négligeable, mais nécessaire, dans la mesure où ils demeurent exposés au principe de mutabilité et au contrôle de légalité incident⁸²⁵.

403. De manière similaire, les modalités de déclenchement du délai reposent sur un principe commun, celui de la publicité de l'acte, dont la mise en œuvre connaît des adaptations justifiées par la nature de l'acte en cause et la relation qu'il institue avec ses destinataires. La publication des actes généraux et la notification des actes individuels apparaît comme un moyen de garantir au mieux les droits des administrés qu'ils concernent effectivement. Les

825 David RENDERS, Benoît GORS, « Considérations sur l'abrogation de l'acte réglementaire », in *Le temps et le droit : hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruylant, 2013, p. 501.

mécanismes de prorogation du délai, qui sont susceptibles de s'appliquer aux recours visant des actes de toute nature, permettent également de compenser la brièveté du délai de recours. En définitive, ce caractère de brièveté paraît assorti de suffisamment de garanties et de contreponds pour réaliser une conciliation heureuse des exigences de stabilité et d'effectivité du droit au recours.

404. Il semble finalement que les seuls points de controverse aient résidé, jusqu'à une période récente, dans les possibilités que certains actes soient contestés à toute époque.

405. La jurisprudence *Simmenthal-TWD* de la CJCE ainsi que l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme ou la décision *CFDT Finances* du Conseil d'État ont ainsi révélé une tendance partagée en droit européen et en droit national à la limitation du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des actes réglementaires définitifs, justifiée dans chaque contexte par la volonté prétorienne ou politique de renforcer la stabilité des actes de la puissance publique.

406. Cette tendance peut être interrogée à plusieurs égards. En droit européen, elle a été critiquée dans la mesure où elle conduit le juge de l'Union à employer l'argument de la sécurité juridique contre lui-même, en faisant prévaloir la logique politique de la sécurité juridique, au bénéfice des institutions européennes, sur sa logique subjective censée protéger les sujets de droit. En droit interne, la jurisprudence *CFDT Finances* se présente, après les vifs débats suscités par l'adoption de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme dans les années 1990, comme le dernier témoignage de ce phénomène d'affaiblissement de l'exception d'illégalité et mérite à cet égard certains commentaires. D'une manière générale et eu égard à l'existence d'un dispositif spécifique au contentieux de l'urbanisme, cette jurisprudence ne paraît pas impliquer de conséquences concrètes très importantes, les recours dans lesquels l'illégalité procédurale est invoquée par voie d'exception avec succès paraissant assez peu nombreux. Il est dès lors permis de croire que le Conseil d'État aurait pu faire l'économie d'une telle restriction ou, à tout le moins, adopter le parti d'un encadrement moins rigoureux. Une technique plus subtile que l'inopérance systématique des moyens tirés de l'irrégularité de l'acte réglementaire, pouvant être inspirée des jurisprudences *Danthonny* ou *Association AC !*, aurait probablement évité de dégrader globalement la portée des illégalités formelles et procédurales. La valeur symbolique très forte de cet arrêt d'assemblée est en revanche qu'elle manifeste, peut-être même au-delà des spécificités du contentieux des actes réglementaires, l'ampleur de la hiérarchisation des illégalités opérées par le juge administratif. Si le principe

d'une telle hiérarchisation correspond à une réalité jurisprudentielle indéniable et s'appuie sur des arguments convaincants, qui inspirent des solutions largement admises, il demeure possible de s'interroger sur les conséquences qui peuvent en être déduites, en particulier lorsqu'elles conduisent à un tel point à neutraliser des illégalités et à vider de leur substance les exigences d'ordre formel et procédural que le pouvoir normatif a entendu imposer à l'administration.

407. Alors même que le principe selon lequel l'irrégularité de la publication d'un acte réglementaire s'oppose au déclenchement du délai de forclusion et permet qu'il soit attaqué au-delà du délai de deux mois ne paraît pas faire l'objet de reproches, l'hypothèse de l'inopposabilité du délai de recours prévue par l'article R. 421-5 du CJA illustre de la manière la plus significative les tensions qui opposent l'exigence de stabilité des actes administratifs et des situations qui en découlent au droit au recours et au principe de légalité. Le juge administratif a d'abord fait preuve de méfiance à l'égard de ce mécanisme, dont il a limité la portée par l'application de la règle de la connaissance acquise, avant de modifier son approche dans l'arrêt *Mauline*. La jurisprudence relative à la connaissance acquise résultant de cette décision visait à définir un équilibre plus satisfaisant entre ces valeurs, en permettant de stabiliser les actes individuels face aux risques de recours engagés par des tiers, tout en garantissant aux destinataires des actes le bénéfice effectif des dispositions protectrices de l'article R. 421-5. Entériné par le législateur dans la loi DCRA du 12 avril 2000, le principe de l'inopposabilité du délai de forclusion en tant que sanction de l'irrégularité de l'information sur les voies et délais de recours a néanmoins été perçu comme source d'« obligations par trop excessives », susceptible d'« alourdir à l'excès, au détriment des intéressés d'ailleurs, le fonctionnement de l'administration et de la justice »⁸²⁶. Face au sentiment d'insécurité généré par la perspective de recours, le Conseil d'État a consacré, en invoquant directement le principe de sécurité juridique, un principe inédit selon lequel le recours pour excès de pouvoir doit être exercé dans un délai raisonnable.

826 Xavier PRETOT, « Théorie de la recevabilité du recours contentieux », *AJDA* 1991, p. 582.

Chapitre 2 - Le délai raisonnable, mécanisme jurisprudentiel de compensation de l'insécurité causée par l'absence de délai textuel

408. Jurisprudence. Comprise comme « *la manière habituelle qu'ont les juges de trancher les différentes difficultés que soulève l'application des règles de droit, et notamment leur interprétation* »⁸²⁷, la jurisprudence est une donnée incontournable du droit positif et, en particulier, du droit administratif. La question de son appartenance aux sources du droit fait cependant l'objet d'une controverse classique et durable, marquée par le souvenir des arrêts de règlement des parlements d'Ancien Régime⁸²⁸.

409. Nature. Aux doctrines classiques qui ont, de la moitié du XIX^{ème} siècle au début du XX^{ème}, présenté la jurisprudence comme une « *autorité* »⁸²⁹ et le juge comme un « *organe d'exécution de la volonté du législateur* »⁸³⁰ tenu à l'usage de méthodes permettant de révéler l'intention de l'auteur de la norme⁸³¹, se sont progressivement opposées, sous l'influence du courant réaliste américain⁸³², des approches reconnaissant la jurisprudence comme une source du droit à part entière. De plus en plus nettement, il est en effet apparu que le juge faisait

827 Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 13^e ed., p. 125.

828 Yves GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'Histoire », *RDJ* 2010, p. 1617.

829 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, PUF, Quadrige, 2004, p. 273, [144].

830 Sadok BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974, pp. 13-22, not. p. 14.

831 Au début du XIX^{ème} siècle, le juge était chargé de recourir à la méthode de l'exégèse, la combinaison des articles 4 et 5 du code civil étant permise par la théorie de la plénitude de l'ordre juridique, selon laquelle cet ordre constitue un ensemble dépourvu de lacune, le juge ne pouvant rien ajouter à l'intention du législateur. Comme le souligne le professeur Pascale Deumier, cette démarche « *repose sur le double postulat qu'il est possible d'accéder à cette intention et qu'elle avait tout prévu à l'avance* » (*Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 3^e ed., p. 103). Cette assertion n'étant toutefois pas totalement à l'épreuve de la pratique, le début du XX^{ème} siècle a connu le développement d'une autre méthode interprétative : la « *libre recherche scientifique* », selon laquelle le juge, confronté à une hypothèse apparemment non envisagée par le texte, peut en dégager l'interprétation au moyen des données sociales, économiques ou philosophiques (Pascale DEUMIER, *ibid.*). Portée par François Gény en opposition à la théorie de la plénitude de l'ordre juridique, cette méthode se rapproche de celle pratiquée dans les systèmes de *common law* dans lesquels le juge est censé révéler le sens de règles dont il ne décide pas lui-même, n'ayant pas été investi par le souverain pour les édicter.

832 Initié par des auteurs et des juges cherchant à s'émanciper des approches formalistes de la *common law*, le mouvement du *legal realism* s'est développé aux États-Unis à travers des réflexions sur le rôle du juge constitutionnel et son interprétation de la norme fondamentale (v. Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « *sociological jurisprudence* » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. », *RIDC*, 1987, p. 347 ; Elisabeth ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. Phil. Droit* 2007, n° 50, p. 277). Dépassant la conception du juge « *oracle de la loi* » défendue par Blackstone au XVIII^{ème} siècle, plusieurs juges de la Cour suprême parmi lesquels Oliver Wendell Holmes ou Benjamin Cardozo ont affirmé que le rôle véritable du juge ne se limitait pas à indiquer quel était le droit, mais consistait bel et bien à « *légiférer* » (opinion du juge Holmes, 244 US 205, 221., cité par Elisabeth Zoller, *id.* p. 281, note n° 10), à « *faire le droit* » et non à le trouver (citation de Benjamin Cardozo dans *The nature of the judicial process*, reprint, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 115, cité par Elisabeth Zoller, *ibid.*). Admettant l'existence du pouvoir du juge, les réalistes américains considèrent, à l'inverse de la doctrine classique française, qu'il appartient au juge d'accomplir des choix politiques en adaptant les motifs de leur décision au dispositif recherché (François MICHAUT, *id.*, p. 347).

œuvre d'un pouvoir créateur, dont la théorie de l'enrichissement sans cause ou le développement de la responsabilité civile du fait d'autrui ont donné des illustrations dans la jurisprudence judiciaire, et dont l'utilisation par le Conseil d'État a permis la formation de pans entiers du droit administratif dès la fin du XIX^{ème} siècle. Différentes théories⁸³³ ont ainsi pris en compte ce « *fait jurisprudentiel* »⁸³⁴ pour tenter de justifier le pouvoir créateur du juge, dont celles de l'assimilation à la coutume, de la réception implicite par le législateur⁸³⁵ ou de l'assentiment des intéressés⁸³⁶. Certains auteurs, critiquant ces approches pour avoir fait appel à des fictions juridiques afin d'expliquer la réalité⁸³⁷, ont proposé de démontrer que le juge disposait, du fait de sa fonction de résolution des litiges, d'un pouvoir implicite lui permettant de créer de véritables normes⁸³⁸. Si ces approches modernes n'ont pas emporté une adhésion unanime au sein de la doctrine ni fait émerger de réponse définitive à la problématique de la place de la jurisprudence parmi les sources du droit⁸³⁹, la période contemporaine assiste indéniablement à l'exercice plus assumé d'un pouvoir créateur par les juges, en particulier depuis les années 2000⁸⁴⁰, qui s'accompagne d'un développement des possibilités de contrôle⁸⁴¹.

410. Pouvoir. Il reste qu'il demeure difficile pour ce pouvoir de s'affirmer sans soulever des questions de légitimité démocratique et politique : le juge ne peut ainsi exercer un pouvoir véritablement créateur que dans les interstices laissés vides par les autorités normatives, sauf à s'engager dans un conflit l'exposant au reproche du gouvernement des juges. Initialement dépourvu de principes d'organisation, le droit administratif s'y est prêté, laissant le champ libre à l'édification prétorienne de la théorie du fait du prince, du régime de la responsabilité

833 Pour une présentation générale : Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991, pp. 121-130.

834 Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 28.

835 Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *Mel. Georges Scelle*, p. 613.

836 Jacques MAURY, *id.* p. 43.

837 Sadok BELAID, *id.* p. 48.

838 *Id.* p. 271 et s.

839 En ce sens, v. Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 51.

840 V. par ex : Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », *NCCC* 2008 n°24 ; Florence CROUZATIER-DURAND, « Le pouvoir normatif du juge administratif », *AJDA* 2008 p. 1504 ; pour une perspective comparatiste, v. Katarzina KMONK, « Le pouvoir normatif du juge administratif suprême à travers l'exemple de la Haute cour administrative polonaise », *RFDA* 2015 p. 1238.

841 CC, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [adoption par une personne seule]*, CC, 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, *Compagnie agricole de la Crau [imposition due par une société agricole]*, *RTD civ.* 2011 p. 90, note P. DEUMIER ; CE, 23 juillet 2014, n° 354365, *Société d'édition et de protection route*, *RFDA* 2014, p. 1178, concl. Alexandre LALLET, p. 1186, note Amandine BLONDIN.

des personnes publiques ou de la disparition des actes administratifs⁸⁴². Le droit communautaire s'est également bâti dans une certaine mesure selon cette méthode⁸⁴³, la Cour ayant formé elle-même, entre autres, le régime du retrait des actes des institutions, la théorie de la quasi-régie ou, plus largement, les théories de l'applicabilité immédiate et de l'effet direct.

411. La nécessité de faire face à certains vides juridiques, entendus comme des configurations dans lesquelles l'absence d'un texte apparaît susceptible de provoquer une situation incohérente ou préjudiciable au fonctionnement de l'ordre juridique et aux intérêts de ses sujets, a paru justifier que les juges européen et administratif fassent usage de leur pouvoir créateur pour régler les modalités procédurales de l'exercice du droit au recours⁸⁴⁴. Dans des hypothèses où les règles textuelles ne permettaient pas qu'un terme soit fixé aux actions contentieuses, ils ont ainsi consacré, sur le fondement du principe général de la sécurité juridique, des conditions de recevabilité du recours tenant au respect d'un délai raisonnable (**Section 1**).

412. Si cette réglementation des délais satisfait l'exigence de stabilité des situations juridiques, son caractère jurisprudentiel lui confère toutefois un caractère rétroactif impliquant son opposabilité à l'égard de situations passées, selon des modalités imprévisibles qui portent atteinte à la sécurité juridique autant qu'au droit d'accès à un tribunal (**Section 2**).

Section 1 - La consécration prétorienne de délais raisonnables sur le fondement du principe de sécurité juridique

413. Si la création prétorienne est une réalité incontestable⁸⁴⁵, sa légitimité n'apparaît pas avec autant d'évidence que celle du législateur, désigné pour exprimer la volonté générale. La position du juge dans l'équilibre des pouvoirs constitutionnels l'oblige à recourir à des procédés de création indirecte, telle que celle du constat de l'existence de principes généraux du droit, dont il assure la protection sans prétendre en être l'auteur. Par ailleurs, en admettant

842 Georges VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979/80, n° 31, p. 31 ; Fabrice MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA* 2005, p. 637.

843 Jürgen SCHWARZE, « Les sources et principes du droit administratif européen », in *Traité de droit administratif européen*, dir. Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, av. Emilie CHEVALIER, Bruylant, 2^e ed., p. 469.

844 Alix PERRIN, « Le développement du délai raisonnable », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 73.

845 Pascale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP* 2016, p. 815 ; Jimmy ROBBE « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. Etat des lieux, perspectives », *RFDA* 2016, p. 913.

que la jurisprudence contribue à la formation du droit positif par l'interprétation des règles écrites et des principes généraux de l'ordre juridique, le juge paraît devoir exercer son pouvoir créatif avec une certaine retenue : il ne peut en effet ignorer que d'autres autorités plus légitimes que lui sont susceptibles de régler les questions qu'il entend résoudre par sa jurisprudence. Ces considérations expliquent que le juge ait invoqué le principe général de la sécurité juridique (§ 1) pour fonder la création de règles de délais qualifiés de « raisonnables » (§ 2).

§ 1 - Le fondement du principe de sécurité juridique

414. Le principe de la sécurité juridique est reconnu comme un principe général du droit de l'Union, d'une valeur égale aux traités, et comme un principe général du droit interne, de valeur supra-réglementaire. Sur son fondement et au motif que ce principe exige que les situations juridiques ne soient pas indéfiniment exposées à une contestation juridictionnelle, le juge européen (A) et le juge administratif français (B) ont consacré des conditions de recevabilité imposant l'exercice du recours dans un délai raisonnable.

A - La création de délais raisonnables sur le fondement d'un principe général du droit de l'Union européenne

415. À plusieurs reprises, les juridictions de l'Union européenne ont été confrontées à des lacunes des textes impliquant l'absence de tout délai pour exercer certaines actions. Afin de prévenir l'insécurité juridique qui pouvait résulter de l'introduction d'un recours à toute époque, elles ont choisi d'instituer, par la voie prétorienne, des délais de forclusion dont la durée, qualifiée de raisonnable, devait être appréciée au cas par cas.

416. Recours en manquement. C'est dans le cadre de la procédure du recours en carence du traité CECA, puis de celle de l'article 232 TCE, qui reposait sur une logique et une procédure semblable, que cette technique a été employée pour la première fois par la Cour. Selon les termes du traité, qui n'ont pas varié, « *ce recours n'est recevable que si l'institution, l'organe ou l'organisme en cause a été préalablement invité à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution, l'organe ou l'organisme n'a pas pris position, le recours peut être formé dans un nouveau délai de deux mois* »⁸⁴⁶ : il apparaît que, si ces stipulations prévoient, d'une part, un délai de naissance d'une décision implicite de rejet et, d'autre part, un délai de recours permettant de faire constater par le juge la carence de

846 Art. 265 TFUE (ancien art. 232 TCE).

l'institution, elles n'indiquent pas dans quel délai l'institution en cause doit être invitée à agir par le requérant qui s'estime lésé, à un moment donné, par son inaction⁸⁴⁷.

417. Affaire *Pays-Bas c/ Commission*. Ainsi, dans l'affaire *Pays-Bas c/ Commission* de 1971⁸⁴⁸, la CJCE avait été saisie par le gouvernement des Pays-Bas d'un recours en carence, exercé en temps utile, visant à obtenir l'annulation d'une décision implicite de la Commission refusant de constater un manquement de la République française aux règles du marché commun. La Commission avait, comme la Haute Autorité à laquelle elle succédait, considéré que des crédits à taux réduits octroyés par la France aux entreprises sidérurgiques nationales en 1966, alors fortement endettées, ne constituaient pas des « *subventions ou aides accordées par les États ou les charges spéciales imposées par eux, sous quelque forme que ce soit* », prohibées par l'article 4 du traité CECA. Cette prise de position définitive avait été notifiée au gouvernement des Pays-Bas au mois de décembre 1968, en réponse à une demande en ce sens qu'il avait formulée par une lettre du mois d'avril 1968, exprimant ses réserves sur la conformité des mesures française aux règles du traité. N'étant pas convaincu par les arguments invoqués par la Commission, c'est au mois de juin 1970, soit dix-huit mois plus tard, que le gouvernement des Pays-Bas lui adressait, sur le fondement de l'article 35 du traité CECA, une demande tendant à ce qu'elle constate le manquement de la République française à ses obligations et agisse en conséquence, qui resta sans réponse et fit naître la décision implicite de rejet qui fut contestée devant la Cour.

418. Irrecevabilité du recours en manquement exercé après une saisine de la Commission effectuée au-delà d'un délai raisonnable. Dans son arrêt, celle-ci rejette le recours comme irrecevable, contrairement à la proposition de l'avocat général Roemer et, en suivant l'argumentation de la Commission, dégage une condition inédite tenant à l'observation d'un délai raisonnable pour saisir cette institution en application de l'article 35. En effet, selon la Cour, la « *fonction commune* » de l'article 33 du traité CECA, relatif au recours en annulation, et de l'article 35 implique « *que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33, doivent également être prises en considération — compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciables —*

847 La procédure de l'art. 35 du traité CECA ne se distingue de celle du TCE et du TFUE que par un délai de recours contre la décision implicite de rejet plus bref.

848 CJCE, 10 juin 1971, aff. 59-70, *Pays-Bas c/ Commission*.

dans l'exercice des droits prévus par l'article 35 »⁸⁴⁹. Elle considère dès lors que « le système des articles 33 et 35 implique que l'exercice du droit de saisir la Commission ne saurait être retardé indéfiniment »⁸⁵⁰ avant de déclarer que « si les justiciables sont ainsi tenus d'observer un délai raisonnable en cas de silence de la Commission, il doit, à plus forte raison, en être ainsi dès que la résolution de la Commission de s'abstenir est devenue manifeste »⁸⁵¹. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour juge qu'un délai de plus de dix-huit mois entre la fixation de la prise de position de la Commission et la demande adressée par le gouvernement des Pays-Bas « ne saurait être considéré comme raisonnable »⁸⁵².

419. Hésitations de l'avocat général Roemer. Dans ses conclusions sur une affaire *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France c/ Haute Autorité* de 1960⁸⁵³, l'avocat général Roemer avait déjà signalé à la Cour qu'il était possible de « se demander si, dans un cas où la modification d'une certaine mesure paraît souhaitable, la Haute Autorité ne doit pas être saisie dans un délai convenable après l'adoption de cette mesure qui semble donner lieu à critique », sans toutefois lui avoir proposé de retenir une telle solution. Il indiquait cependant, par référence aux circonstances de l'espèce, qu'« un recours introduit en 1958 pour des faits qui datent en réalité des années 1954 ou 1955 pourrait donc être rejeté comme irrecevable même en appliquant des critères très généraux ». Dans l'affaire de 1971, la Commission avait employé ces réflexions pour construire la fin de non-recevoir que la Cour devait retenir. L'avocat général Roemer avait pourtant avoué en être venu, « en reprenant [ses] réflexions à l'occasion de [cette] affaire (...) à douter sérieusement que le point de vue adopté par la Commission soit défendable ». Il soulignait en effet que « l'idée d'établir par voie jurisprudentielle (puisque le traité est muet sur ce point) un délai à l'expiration duquel les intéressés seraient forclos (« Ausschlußfrist ») du droit de saisir l'administration se heurte avant tout au principe fondamental de la sécurité juridique, et cela à d'autant plus forte raison que ni la méthode analogique ni la méthode de droit comparé ne permettent de déterminer avec certitude le délai qui pourrait être retenu comme raisonnable »⁸⁵⁴. Selon lui, en présence d'une lacune des textes en matière de délai, « il ne faut pas qu'une partie puisse invoquer l'écoulement d'un certain laps de temps pour empêcher l'autre de se défendre en

849 *Id.*, § 15.

850 *Id.*, § 18.

851 *Id.*, § 19.

852 *Id.*, § 22.

853 CJCE, 15 juillet 1960, aff. 24/58 et 34/58, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France*, rec. p. 579, concl. Karl ROEMER p. 619.

854 Karl ROEMER, *id.*, p. 659.

justice », la déchéance du droit de former un recours ne pouvant résulter que d'« *un comportement dont on puisse déduire sans équivoque que l'intéressé n'a pas l'intention d'engager une instance judiciaire* »⁸⁵⁵. Si cette argumentation n'a pas été suivie par la Cour, il est très révélateur de l'ambivalence du principe de sécurité juridique⁸⁵⁶ de relever qu'il est employé autant par l'avocat général pour exclure la création d'un mécanisme jurisprudentiel de forclusion que par le juge européen pour justifier l'introduction d'une condition de délai.

420. La jurisprudence postérieure a toutefois confirmé la position retenue par la Cour : dans l'affaire *Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH c/ Commission*, elle a retenu que les requérants, qui avaient saisi la Commission plus de quatre mois après avoir été mis en mesure de dénoncer une opération de concentration, ne pouvaient être regardés comme ayant agi dans un délai raisonnable⁸⁵⁷.

421. Litiges opposant la Banque européenne d'investissement à ses agents. Cette technique d'encadrement temporel du recours a été employée par le Tribunal et la Cour dans une deuxième hypothèse de lacune du droit écrit.

422. Affaire *Dunnett*. Dans l'affaire *Dunnett* de 2001, le Tribunal de première instance de la Communauté avait ainsi été confronté à une insuffisance du statut du personnel de la Banque européenne d'investissement (BEI), celui-ci prévoyant que les litiges l'opposant à ses agents relèvent de la compétence des juridictions de l'Union sans comporter la moindre disposition relative au délai de recours. Selon le Tribunal de première instance, la conciliation entre, d'une part, « *le droit du justiciable à une protection juridictionnelle effective (...) qui implique que le justiciable doit pouvoir disposer d'un délai suffisant pour évaluer la légalité de l'acte lui faisant grief et préparer, le cas échéant, sa requête* » et, d'autre part, « *l'exigence de la sécurité juridique qui veut que, après l'écoulement d'un certain délai, les actes pris par les instances deviennent définitifs* », nécessitait « *que les litiges entre la Banque et ses agents soient portés devant le juge communautaire dans un délai raisonnable* »⁸⁵⁸, qu'il lui fallait dès lors déterminer. Il avait alors raisonné par analogie avec les dispositions relatives aux délais de recours de trois mois prévu par les articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires de la

855 *Id.*, p. 660.

856 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, 2009, p. 1110 et s.

857 CJCE, 25 septembre 2003, aff. C-170/02 P, *Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH e. a. c/ Commission*, §§ 36-38.

858 TPICE, 6 mars 2001, aff. T-192/99, *Dunnett e.a. c/ BEI*, § 52 ; v. également TPICE, ord., 11 décembre 2001, aff. T-20/01, *Maria Concetta Cerafoli e. a. c/ Banque centrale européenne*.

communauté, les litiges entre les agents de la BEI et celle-ci étant apparentés, « *par leur nature* » ainsi que par certains aspects de procédure précontentieuse⁸⁵⁹, aux litiges entre les institutions européennes et leurs agents. Après une appréciation attentive des circonstances de l'espèce⁸⁶⁰ et « *en s'inspirant des délais prévus aux articles 90 et 91 du statut* »⁸⁶¹, le Tribunal avait estimé que des recours introduits deux mois après l'échec d'une procédure de conciliation avaient été formés dans un délai raisonnable⁸⁶².

423. Affaire *Arango Jaramillo*. À plusieurs reprises, le Tribunal a fait application de cette condition pour examiner la recevabilité des recours introduits par les agents de la BEI à l'encontre des actes de cette institution. L'affaire *Arango Jaramillo* de 2012, dans laquelle le Tribunal avait rejeté comme tardif un recours introduit selon lui dans un délai déraisonnable⁸⁶³, a amené la Cour à rendre, en 2013, son deuxième arrêt de réexamen selon la procédure de l'article 256, alinéa 2, TFUE⁸⁶⁴. À cette occasion, elle s'est prononcée sur la « *doctrine du délai raisonnable* »⁸⁶⁵ adoptée par les juridictions de première instance, sans remettre en cause le principe de la condition de recevabilité consacrée par la décision *Dunnett*. Cette décision pouvait dès lors être regardée comme une confirmation du raisonnement du Tribunal déduisant du principe de sécurité juridique l'obligation procédurale d'exercer un recours dans un délai raisonnable, en l'absence de tout délai prévu par les textes.

424. Interprétations du principe de sécurité juridique. Des jurisprudences relatives au recours en manquement et au recours des agents de la BEI, il ressort ainsi que, faute de délai textuel, le principe général de la sécurité juridique est utilisé par le juge pour fonder des délais de forclusion dépourvus de durée préfixée, afin de concilier *au cas par cas* le droit au recours des sujets de droit de l'Union et la stabilité des décisions des institutions. Ces solutions, qui ont parfois abouti au rejet de l'action des États ou de particuliers qui n'avaient pu anticiper qu'un délai leur serait appliqué de la même manière que si cette condition avait été énoncée lorsqu'ils ont saisi le juge, paraissent toutefois heurter une certaine conception de la sécurité

859 TPICE, 6 mars 2001, *Dunnett e. a., id.*, § 54.

860 Le tribunal manifeste une attention particulière à ces circonstances aux §§ 54-57.

861 *Id.*, § 58.

862 Sur la remise en cause de ce mode d'appréciation du délai raisonnable, v. infra.

863 Dans cette affaire, le tribunal avait utilisé pour référence le délai de trois mois appliqué en contentieux de la fonction publique des agents de l'Union européenne, pour déduire qu'un recours introduit une minute après l'expiration de ce délai était tardif.

864 CJUE, ch. spéciale, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo et a. c/ BEI, Europe*, 2013, com. 163 Anne RIGAUX. La doctrine souligne sur le caractère exceptionnel de la mise en œuvre de cette procédure, sur les plans juridique et pratique. V. Olivier BLIN, *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*, 3^e ed., pp. 302-303.

865 Paolo MENGOZZI, prise de position sur l'aff. C-334/12 RX-II, § 29.

juridique, exprimée par l’avocat général Roemer dans l’affaire *Pays-Bas c/ Commission*⁸⁶⁶ et qui ressortait par ailleurs de la jurisprudence de la Cour. Dans l’arrêt *ACF Chemiefarma* du 15 juillet 1970, dans lequel la société requérante l’invitait à consacrer, en l’absence de réglementation communautaire, le principe de l’existence d’un délai de prescription des infractions au droit de la concurrence, elle avait ainsi jugé que « *pour remplir sa fonction d’assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l’avance* »⁸⁶⁷, en soulignant que cette tâche relevait de la compétence du législateur communautaire. Une telle interprétation du principe de sécurité juridique en matière de délai a été réaffirmée par la suite, notamment en matière d’aide financière, dans l’arrêt *RFA et Bundesanstalt für Arbeit c/ Commission* de 1982⁸⁶⁸.

425. Conflit entre les logiques de la sécurité juridique. Un sentiment d’incohérence peut découler du constat que, dans la jurisprudence communautaire, « *le principe de la sécurité juridique plaide tant en faveur qu’à l’encontre de l’introduction par la Cour de Justice de délais de recours* »⁸⁶⁹. Ces lectures divergentes soulignent ainsi les tensions entre certaines des « *quatre logiques* »⁸⁷⁰ qui animent le principe de sécurité juridique, identifiées par Jérémie Van Meerbeeck. La « *logique politique* » de la sécurité juridique, qui « *mobilise les exigences de sécurité juridique au service de l’ordre en place* »⁸⁷¹, entre en conflit avec la « *logique subjective* » qui œuvre en faveur des particuliers et des destinataires des règles édictées par le pouvoir politique : tandis que la première justifie la création d’un délai afin de renforcer la stabilité des actes de l’Union et la sécurité du système juridique, la seconde exige que les délais bénéficient d’une prévisibilité suffisante pour être opposables aux requérants. Le choix de la Cour de faire prévaloir la logique politique sur la logique subjective de la sécurité juridique « *peut apparaître inéquitable* »⁸⁷² en ce qu’il se traduit, malgré l’absence de base

866 Cf. supra.

867 CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, *ACF Chemiefarma*, § 18.

868 CJCE, 26 mai 1982, aff. C-44/81, *République fédérale d’Allemagne et Bundesanstalt für Arbeit c/ Commission*. Cette affaire concernait une procédure de versement d’aide financière par le Fonds social européen à des institutions publiques nationales, à propos de laquelle la législation communautaire avait prévu qu’une forclusion pourrait être opposée aux demandeurs dans l’intérêt d’une bonne gestion des finances de la communauté. Aucun délai n’était toutefois précisé, aussi la Cour avait-elle rappelé que le principe de sécurité juridique exigeait « *qu’une disposition fixant un délai de forclusion (...) soit fixée de manière claire et précise afin que les États membres puissent apprécier en toute connaissance de cause l’importance qu’il y a pour eux à respecter ce délai* ».

869 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, 2009, p. 1111.

870 Jérémie VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance – Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne*, Presses de l’Université de Saint-Louis, 2014, §§ 11 et s.

871 Jérémie VAN MEERBEECK, *id.*, § 138.

872 *Ibid.*

textuelle, par un rejet de la requête sans examen au fond. Alors que plusieurs dimensions de la sécurité juridique s'opposent et qu'il revient au juge de les départager, il est particulièrement regrettable que son raisonnement occulte systématiquement la sécurité juridique du demandeur, sans qu'elle soit formellement mise en balance de telle sorte que l'atteinte qui y est portée puisse sembler proportionnée et justifiée au regard des nécessités de la sécurité juridique institutionnelle.

426. C'est en ce sens que M. Van Meerbeeck propose que les conflits entre les logiques politique et subjective de la sécurité juridique soient résolus en donnant, « *au niveau de l'argumentation* », une priorité à la seconde⁸⁷³ : sans impliquer que le particulier soit systématiquement avantagé, une telle approche permettrait en tout cas que la prévalence de l'intérêt institutionnel ne soit pas obtenue sur le fondement unique d'un principe qui se neutralise par ses oppositions.

427. Malgré l'ambivalence du principe de sécurité juridique dans le système du droit de l'Union, les exemples donnés par la jurisprudence de la Cour ont inspiré le Conseil d'État français qui, en consacrant par la voie prétorienne une condition de délai raisonnable, s'expose aux mêmes critiques.

B - La création d'une condition de délai raisonnable sur le fondement d'un principe général du droit

428. Le droit administratif français se distingue du droit de l'Union européenne dans la mesure où les autorités normatives ont fait le choix de sanctionner avec une certaine sévérité le défaut ou l'irrégularité de l'information sur les voies et délais de recours permettant de contester les actes administratifs non-réglementaires. Avec le décret du 28 novembre 1983, le pouvoir réglementaire a institué une hypothèse d'inopposabilité du délai de forclusion du recours contentieux, dont le principe a notamment été repris et décliné par la loi DCRA du 12 avril 2000. La jurisprudence a donné une portée étendue à ces mécanismes en limitant le jeu de la théorie de la connaissance acquise aux situations dans lesquelles il pouvait être considéré que le destinataire d'une décision avait reçu une information sur les voies et délais pour la contester.

429. Alors même que l'absence de délai de forclusion opposable résulte de l'économie des textes applicables et non de leurs lacunes, le Conseil d'État français a estimé que la garantie

⁸⁷³ Jérémie VAN MEERBEECK, *id.*, § 485.

de la stabilité des situations juridiques exigeait que la possibilité d'exercer un recours rencontre une limite temporelle. Sur le fondement du principe de la sécurité juridique, il a ainsi consacré une condition de recevabilité inédite selon laquelle le recours doit être exercé dans un délai raisonnable (1). En déduisant cette règle de procédure d'un principe général du droit, le juge a permis son application à toutes les hypothèses dans lesquelles le délai réglementaire de recours a été rendu inopposable (2).

1 - L'invocation du principe de sécurité juridique comme limite d'un dispositif réglementaire d'inopposabilité du délai de recours.

430. Conformément à l'intention des rédacteurs du décret du 28 novembre 1983, exprimée par l'article R. 421-5 du CJA, l'absence ou l'irrégularité des mentions d'information sur les voies et délais de recours permettant au destinataire d'une décision administrative de contester cet acte emporte l'inopposabilité du délai de forclusion du recours contentieux prévu à l'article R. 421-1 du CJA. Il en résulte notamment que l'omission de la mention relative à la juridiction compétente – alors même que les délais seraient correctement renseignés – fait obstacle à ce que le délai du recours pour excès de pouvoir soit déclenché, tant que l'autorité administrative ne s'est pas conformée à son obligation d'information. Escomptant, pour ce motif, qu'aucun délai ne pourrait lui être opposé, M. Czabaj avait saisi, en 2014, le tribunal administratif de Lille d'un recours tendant à l'annulation de l'arrêté lui concédant une pension, pris par le ministre de l'Économie et des finances le 24 juin 1991 : s'il ne niait pas en avoir reçu notification, il était apparu que les mentions relatives aux voies et délais de recours n'avaient pas précisé devant quelle juridiction il pouvait en requérir l'annulation. Le tribunal administratif ayant malgré tout rejeté son recours comme tardif, par ordonnance, M. Czabaj s'est pourvu en cassation.

431. Par l'arrêt d'assemblée *Czabaj* du 13 juillet 2016, le Conseil d'État a réaffirmé sa lecture de l'article R. 421-5 du CJA, tout en limitant substantiellement sa portée en consacrant, sur le fondement immédiat du « *principe de sécurité juridique* », une nouvelle condition de recevabilité du recours contre une décision administrative individuelle irrégulièrement notifiée, imposant qu'il soit exercé dans un délai raisonnable fixé « *en règle générale* » à un an à compter de la notification ou de la prise de connaissance de cette décision par les personnes qu'elle est susceptible d'intéresser :

« Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une

décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »⁸⁷⁴.

432. En conséquence, si la méconnaissance de l'article R. 421-5 du CJA se traduit encore par l'inopposabilité du délai de recours de deux mois prévu par l'article R. 421-1 du même code, elle n'expose plus la décision individuelle au risque d'un recours à toute époque, mais seulement pendant un an à compter de la date à laquelle le requérant en a obtenu connaissance.

433. Principe de sécurité juridique et absence de délai de prescription dans la jurisprudence administrative. Une telle interprétation du principe de sécurité juridique n'était pas parfaitement inédite dans la jurisprudence du Conseil d'État : celui-ci, qui admet que les délais garantissent la sécurité juridique⁸⁷⁵, considère « *en miroir* »⁸⁷⁶ que leur absence la méconnaît, comme en témoignent deux décisions rendues à propos de délais de prescription.

434. Prescription de l'obligation de remise en l'état de l'installation classée. Dans l'arrêt *Alusuisse-Lonza-France* de 2005⁸⁷⁷, tout en affirmant l'imprescriptibilité du pouvoir de police, l'assemblée du contentieux a consacré le principe d'une prescription extinctive trentenaire de l'obligation de remise en l'état qui pèse sur l'exploitant d'une installation classée. Tandis que le Conseil d'État a fondé cette prescription sur les « *principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil* », alors relatif à la prescription trentenaire des obligations, les conclusions du commissaire du gouvernement Mattias Guyomar justifiaient de

874 CE, ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, AJDA 2016, p. 1629, chron. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET ; RFDA 2016, p. 927, concl. Olivier HENRARD ; AJCT 2016, p. 572, obs. Marie-Christine ROUAULT ; RTD Com. 2016, p. 715, obs. Frédéric LOMBARD ; Jcp A 2016, n° 36, 2238, note Hélène PAULIAT ; DA 2016, n° 12, comm. 63 Gweltaz EVEILLARD.

875 CE, 5 décembre 2005, n° 278183, *Mme Tassius*.

876 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

877 CE, ass., 8 juillet 2005, n° 247976, *Société Alusuisse Lonza France*, rec. p. 311, concl. Mattias GUYOMAR, RFDA 2006, note Benoît PLESSIX.

manière plus générale cette solution par l'idée « *qu'il n'existe pas d'obligation perpétuelle* » ainsi qu'en invoquant « *les exigences de stabilité et d'équité* »⁸⁷⁸.

435. Prescription du droit de reprise de l'administration fiscale. Dans une décision *Zannier* de 2014, moins citée, le Conseil d'État a estimé que « *le pouvoir réglementaire ne saurait, sans méconnaître le principe de sécurité juridique, instituer au profit de l'administration fiscale un droit de reprise excluant l'application de tout délai de prescription* »⁸⁷⁹, confirmant un arrêt rendu en formation de plénière fiscale par la Cour administrative d'appel de Paris en 2011⁸⁸⁰, qui avait censuré un dispositif fiscal applicable en Polynésie française permettant à l'administration d'exiger un impôt pour lequel un crédit avait été accordé « *nonobstant le cas échéant l'expiration des délais de prescription* ». Afin de déterminer les limites temporelles de l'exercice du droit de reprise, la Cour puis le Conseil d'État ont fait application des dispositions de droit commun de l'article 451-1 du code des impôts de la Polynésie française qui prévoyait un délai de trois ans. Ainsi, et avant que l'arrêt *Czabaj* ne soit rendu, le juge administratif avait-il déjà relevé la contrariété entre le principe général de sécurité juridique et la possibilité qu'une situation soit remise en cause sans limitation de délai. S'il est vrai qu'« *en matière fiscale, la jurisprudence du Conseil d'État a toujours cherché à éviter les cas d'absence de limitation dans le temps du droit de reprise de l'Administration* »⁸⁸¹, cette décision s'insère, avec l'arrêt *Alusuisse*, dans un mouvement jurisprudentiel plus général dont l'arrêt d'assemblée de 2016 apparaît comme un prolongement, qui présente cependant plusieurs spécificités. D'une part, le juge a choisi de consacrer un délai déterminé par l'arbitraire prétorien et non par analogie avec d'autres délais prévus par des textes. D'autre part, alors que le principe de sécurité juridique avait jusqu'alors été employé pour limiter dans le temps l'exercice des pouvoirs de l'administration, la décision *Czabaj* l'a présenté sous un aspect quelque peu différent, comme « *bénéfic[iant] à la seule administration* »⁸⁸², déliée dans une certaine mesure de son devoir d'information, voire comme étant franchement « *retourné contre le justiciable* »⁸⁸³.

878 Mattias GUYOMAR, *id.*

879 CE, 23 juin 2014, n° 355801, *Polynésie française c/ M. Zannier*, *Dr. Fisc.* 2014, n° 41, comm. 582, note Stéphane AUSTRY.

880 CAA Paris, plén., 13 octobre 2011, n° 09PA01620, *M. Zannier*, *Dr. Fisc.* 2012, n° 13, comm. 234, concl. Philippe BLANC ; comm. 208, note Stéphane AUSTRY.

881 Stéphane AUSTRY, *Dr. Fisc.* 2012, *id.*

882 Marie-Christine ROUAULT, « Le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'un recours juridictionnel soit formé au-delà d'un délai raisonnable », *AJCT* 2016, p. 572.

883 Hugues RABAULT, « Le principe de sécurité juridique retourné contre le justiciable », *LPA* 2016, n° 228, p. 7 ; Florian POULET, « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA* 2019, p. 1088.

436. Il est vrai que la jurisprudence administrative, réticente à reconnaître l'existence d'un principe de protection de la confiance légitime⁸⁸⁴, avait pu faire apparaître la sécurité juridique comme une exigence destinée à préserver les intérêts de l'administré par la médiation de plusieurs corollaires objectifs. Le principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs ou les conditions du retrait des décisions créatrices de droits se présentent ainsi principalement comme des garanties au bénéfice des administrés dérivant de l'exigence de sécurité. L'arrêt d'assemblée *Société KPMG*⁸⁸⁵ s'est inscrit en ce sens en invoquant le principe de sécurité juridique pour consacrer l'obligation d'adopter des mesures transitoires en matière réglementaire⁸⁸⁶, qui est un mécanisme généralement rattaché au principe subjectif de protection de la confiance légitime⁸⁸⁷. Par ailleurs, étant reconnu comme l'un des principes généraux du droit, il aurait « *normalement vocation à protéger les droits et libertés des administrés* »⁸⁸⁸ : ces principes trouvent en effet leur origine dans « *la nécessité, pour des motifs supérieurs d'équité, d'assurer la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux des individus contre la tentation arbitraire du pouvoir administratif* »⁸⁸⁹. La substance même de ce principe, dégagé dans le système juridique allemand sur le fondement du principe de l'État de droit⁸⁹⁰, lequel implique une « *protection par le droit (Rechtssicherung) essentiellement tournée contre l'arbitraire* »⁸⁹¹, résiderait elle-même principalement dans la défense de l'administré dans ses rapports avec les pouvoirs publics⁸⁹². De nombreux auteurs estiment à ce titre que l'arrêt *Czabaj* réalise un contre-emploi contestable du principe général de la sécurité juridique⁸⁹³.

437. S'il peut être qualifié de principe général du droit dans la jurisprudence administrative interne, le principe de sécurité juridique ne se réduit toutefois pas à cette catégorie de normes

884 V. sur ce point Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003, p. 511.

885 CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. p. 154, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Yann AGUILA, note Frank MODERNE ; *AJDA* 2006, p. 1028, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

886 Gweltaz EVEILLARD, « Sécurité juridique et droit transitoire », *RDP* 2016, p. 741.

887 Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 451 ; Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 601.

888 Florian POULET, *id.*

889 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 46.

890 Sylvia BRUNET, « La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne », *Titre VII* 2020, n° 5.

891 Willy ZIMMER, *ibid.*

892 Sur ce point, v. Hugues RABAULT, *id.*

893 En ce sens, v. notamment François JULIEN-LAFERRIERE, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, p. 1769 ; Florian POULET, *id.* ; Marie-Christine ROUAULT, « Le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'un recours juridictionnel soit formé au-delà d'un délai raisonnable », *AJCT* 2016, p. 572 ; Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019, p. 669 ; Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2022, p. 2143.

juridiques. Il s'agit d'un principe « *matriciel* »⁸⁹⁴ plus large, « *doté peut-être même par ailleurs d'une valeur constitutionnelle* »⁸⁹⁵, qui, tout comme le principe de mutabilité par exemple, concerne principalement l'organisation et le fonctionnement de l'ordre juridique. Assurément, les exigences qui en découlent, telles que l'accessibilité, la clarté, la prévisibilité et la stabilité des règles, permettent la protection du sujet de droit. La sécurité juridique revêt cependant « *une dimension qui dépasse la simple garantie des intérêts individuels* »⁸⁹⁶ et peut « *dans certains cas, leur être défavorable* »⁸⁹⁷. Tel est le cas des règles de forclusion, des restrictions à l'invocabilité de certains moyens ou des mécanismes de limitation des effets des annulations juridictionnelles, qui tendent à préserver la stabilité de situations illégales au détriment des intérêts particuliers qui sont lésés par leur maintien. Elle se présente, sous cet aspect objectif, prioritairement comme une « *garantie pour le système juridique* »⁸⁹⁸, dont la vocation première n'est pas d'assujettir l'administration⁸⁹⁹.

438. En ce sens, le Conseil d'État a déjà expressément admis qu'elle pouvait en bénéficier, dans l'arrêt *Mme Tassius* qui précise que la prescription quadriennale a été instituée « *dans un but d'intérêt général, en vue notamment de garantir la sécurité juridique des collectivités publiques en fixant un terme aux actions* »⁹⁰⁰. Cet argument de l'objectivité du principe de sécurité juridique a été repris à juste titre par le rapporteur public Olivier Henrard, qui estimait que rien ne permettait de considérer que « *la sécurité juridique constituerait un principe réservé aux particuliers dans leurs relations avec l'administration* »⁹⁰¹.

439. En confirmant qu'il « *ne bénéficie pas qu'aux administrés mais aussi à l'administration, et à travers elle à l'intérêt général dont elle a la charge* »⁹⁰², la décision *Czabaj* marque l'adhésion du Conseil d'État à une conception objective du principe de la sécurité juridique, faisant écho à son rejet classique de l'idée de protection de la confiance

894 Bertrand MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211 ; Willy ZIMMER, « Allemagne » in *Constitution et sécurité juridique*, AIJC 15-1999, p. 91 ; Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, p. 262 ; Francesco MARTUCCI, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », revue *Titre VII* 2020, n° 5.

895 Gweltaz EVEILLARD, *id.* ; sur cette question en droit français, v. Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005.

896 Willy ZIMMER, *id.*, pp. 91-92.

897 Delphine DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 651.

898 Willy ZIMMER, *id.*, p. 91.

899 En ce sens, v. Benoît PLESSIX, *op. cit.*, p. 601.

900 CE, 5 décembre 2005, n° 278183, *Mme Tassius*.

901 Olivier HENRARD, *id.*

902 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

légitime⁹⁰³. Comme le juge de l'Union, il prend ainsi le parti de résoudre la tension entre la logique politique de la sécurité juridique, qui favorise la sécurité du système juridique, et sa logique subjective, qui privilégie la sécurité des sujets de droit, en faveur de la première : alors même que, par ses modalités, la création prétorienne d'une règle de délai peut heurter cette conception subjective de la sécurité juridique, elle peut légitimement se réclamer de sa logique politique dès lors qu'elle renforce effectivement la stabilité d'actes qui se trouvaient perpétuellement exposés au risque d'un recours juridictionnel. Cette valorisation de la logique politique de la sécurité juridique s'est affirmée nettement à travers les nombreux développements de la jurisprudence *Czabaj*.

2 - La généralisation de l'exigence du délai raisonnable dans l'intérêt de la stabilité des actes administratifs.

440. À un rythme continu, la jurisprudence a manifesté que cette nouvelle exigence avait vocation à s'appliquer à la plupart des configurations dans lesquelles le délai de recours ne peut être opposé à un administré lorsqu'il entend contester une décision individuelle⁹⁰⁴.

441. RAPO. Confirmant une hypothèse évoquée par les conclusions du rapport public Olivier Henrard, le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt *Amar* de 2017, que « *dans le cas où le recours juridictionnel doit obligatoirement être précédé d'un recours administratif, celui-ci doit être exercé, comme doit l'être le recours juridictionnel, dans un délai raisonnable* »⁹⁰⁵. Déduite du principe général de sécurité juridique, cette condition dépasse ainsi le seul domaine des recours juridictionnels et s'étend aux procédures administratives précontentieuses. Il est vrai que le recours administratif préalable obligatoire présente des liens spécifiques avec le recours juridictionnel, qu'il précède et dont il conditionne la recevabilité. L'application de la jurisprudence *Czabaj* à ce type de recours administratif présente une certaine logique dès lors que leur régime emprunte à celui du recours contentieux⁹⁰⁶, en particulier en matière de déclenchement des délais. L'inopposabilité du délai de recours instituée par le décret de 1983 en matière juridictionnelle a ainsi été transposée au cas des recours administratifs présentant un caractère obligatoire⁹⁰⁷, et le législateur a consacré l'obligation faite à l'autorité administrative d'indiquer, au titre des mentions relatives aux

903 V. CE, 9 mai 2001, n° 210944, *Entreprise Freymuth*.

904 Hélène PAULIAT, « Jusqu'où ira la jurisprudence *Czabaj* ? », *Jcp A* 2020, n° 49, 2319.

905 CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, *Ministre de l'intérieur c/ Amar*, *RJF* 2017, n° 616, p. 888, concl. Benoît BOHNERT.

906 Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008, p. 60.

907 CE, 1^{er} avril 1992, n° 88068, *Abit*, rec. p. 144 ; CE, 15 novembre 2006, n° 264636, *Toquet*.

voies et délais de recours, l'existence et les modalités d'exercice du RAPO⁹⁰⁸. L'irrégularité de l'information délivrée sur ce point, si elle ne permet pas à l'administré de s'exonérer de l'obligation de saisir l'administration en s'adressant directement au juge, empêche que la tardiveté soit opposée à une demande présentée au-delà du délai normalement applicable. Dans ces conditions, l'extension de la jurisprudence *Czabaj* aux procédures de recours administratifs obligatoires semblait essentiellement justifiée par un souci de cohérence, souligné par les conclusions du rapporteur public : « *la solution inverse reviendrait en effet à permettre au destinataire d'une décision individuelle de différer indéfiniment la date à laquelle il exercera son droit au recours et, par voie de conséquence, celle d'une éventuelle action devant le juge* »⁹⁰⁹.

442. Exception d'illégalité. Une logique semblable a conduit le Conseil d'État à appliquer la condition du délai raisonnable énoncée par l'arrêt *Czabaj* à la contestation incidente d'un acte individuel. Contrairement aux actes réglementaires, dont la légalité peut être mise en cause à toute époque par voie d'exception, l'exigence de stabilité des situations juridiques impose généralement que les décisions individuelles ou non réglementaires ne puissent être contestées par ce moyen une fois devenues définitives. En application de l'article R. 421-5 du CJA, la notification irrégulière d'un tel acte juridique impliquait cependant qu'il pouvait encore faire l'objet d'un contrôle incident, dans des conditions éloignées de l'équilibre que poursuit le régime de l'exception d'illégalité. Sans l'énoncer dans une formule de principe, l'arrêt *M. Law-Tong* du 27 février 2019⁹¹⁰ a donc jugé qu'était irrecevable le moyen tiré de l'illégalité d'un acte individuel dont le requérant avait connaissance depuis plus d'un an, en dépit de l'absence d'indication des voies et délais de recours. S'il faut reconnaître qu'elle contribue à une certaine logique d'ensemble⁹¹¹, cette solution paraît d'une rigueur excessive du point de vue de la légalité : alors que la jurisprudence *Czabaj* poursuit l'objectif d'éviter la remise en cause rétroactive d'un acte ancien ayant produit de nombreux effets, il semble que la sécurité juridique n'est pas significativement affectée par le constat incident de l'illégalité d'un acte effectué à l'occasion d'un litige distinct⁹¹².

908 Art. L. 412-3 CRPA.

909 Benoît BOHNERT, *id.*

910 CE, 27 février 2019, n° 418950, *M. Law-Tong*, DA 2019, n° 4, act. 57 ; *Jcp A* 2019, comm. 166 Fabien TESSON.

911 V. sur ce point les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier, accessibles sur Ariane.

912 En ce sens, v. Victor HÄÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2021, p. 2143.

443. Question préjudicielle. L'irrecevabilité, à l'expiration d'un délai raisonnable, de l'exception d'illégalité d'une décision individuelle à l'encontre de laquelle le délai de recours n'est pas opposable paraît d'autant plus contestable qu'elle est relative. En effet, la jurisprudence *Czabaj* n'a pas amené le juge administratif à remettre en cause le principe selon lequel il ne lui appartient pas, dans le cadre du renvoi en appréciation de légalité, de statuer sur la recevabilité de l'exception d'illégalité d'une décision individuelle soulevée devant le juge judiciaire⁹¹³. Dès lors, il peut être amené, sous réserve de l'appréciation portée par le juge du principal sur la recevabilité de l'exception⁹¹⁴, à déclarer l'illégalité d'un acte dont il n'admettrait pas que le destinataire invoque, directement devant lui, l'illégalité à l'appui d'un recours⁹¹⁵.

444. Recours des tiers. Dégagée dans une configuration contentieuse binaire, dans laquelle la décision litigieuse était contestée par son destinataire, la condition du délai raisonnable a également été appliquée par le juge aux contentieux triangulaires dans lesquels le déclenchement du délai de forclusion du recours juridictionnel à l'égard des tiers est soumis à l'accomplissement de certaines mesures d'information. Il en est ainsi du contentieux de l'urbanisme, dans lequel l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme prévoit que le délai du recours contentieux à l'encontre d'un permis ou d'une autorisation ne court à l'égard des tiers qu'à compter d'une période continue de deux mois d'affichage sur le terrain d'assiette du projet. Dès 2007, le souci de la stabilité des situations juridiques avait toutefois déjà amené le pouvoir réglementaire à fixer une limite objective à la possibilité de contester une autorisation d'urbanisme en prévoyant, à l'article R. 600-3 du code, que le recours en annulation deviendrait irrecevable à l'expiration d'un délai d'un an à compter de l'achèvement des travaux. Le décret du 17 juillet 2018 portant modification du CJA et du code de l'urbanisme a réduit ce délai à six mois. Par l'arrêt *Valière* du 9 novembre 2018⁹¹⁶, le Conseil d'État a néanmoins considéré que le délai de la jurisprudence *Czabaj* trouvait sa place parmi les règles de recevabilité applicables aux recours en matière d'urbanisme. Estimant que « *le principe de sécurité juridique (...) fait obstacle à ce que puisse être contesté indéfiniment par les tiers un*

913 CE, 19 mai 2000, n° 208545, *Mutuelle RATP*, rec. T. 858-906.

914 Les conclusions du rapporteur public (cf. la note suivante) insistent sur cet aspect de l'office du juge judiciaire saisi d'un moyen tiré de l'illégalité d'un acte administratif non réglementaire, mais il n'est pas certain qu'il puisse apprécier la recevabilité d'un tel moyen au prisme de la jurisprudence *Czabaj*, dont la compatibilité au droit au recours tel qu'il est garanti par la CESDH est à confirmer.

915 CE, 29 novembre 2019, n° 429248, *Procureur de la République de Marseille*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 4, p. 25 ; *AJDA* 2020, p. 406, concl. Guillaume ODINET ; *Jcp A* 2020, n° 12, 2070, chron. Olivier LE BOT.

916 CE, 9 novembre 2018, n° 409872, *Valière*, *Jcp A* 2019, 2140, chron. Roland VANDERMEEREN ; *RDI* 2019, p. 120, note Pierre SOLER-COUTEAUX.

permis de construire, une décision de non-opposition à une déclaration préalable, un permis d'aménager ou un permis de démolir », il juge que, dans le cas où le délai de l'article R. 600-2 serait inopposable, « *un recours contentieux doit néanmoins, pour être recevable, être présenté dans un délai raisonnable à compter du premier jour de la période continue de deux mois d'affichage sur le terrain* ».

445. Cette extension de la jurisprudence *Czabaj* au recours du tiers dirigé contre un acte administratif créateur de droit, lequel prétend naturellement à la stabilité⁹¹⁷, permet ainsi de renforcer la sécurité juridique des bénéficiaires des permis de construire. Elle resserre cependant le cadre procédural du recours du tiers, dans lequel elle s'insère au côté des autres mécanismes de limitation temporelle existants. Ainsi, la théorie classique de la connaissance acquise, susceptible de rendre opposable le délai réglementaire de recours à l'égard des tiers dès l'instant où ils révèlent leur connaissance du permis⁹¹⁸, n'est pas remise en cause. Par ailleurs, l'arrêt *Valière* a également précisé que l'institution de la condition du délai raisonnable était sans incidence sur l'application de l'article R. 600-3 du code de l'urbanisme, aussi le recours présenté après l'expiration du délai qu'il prévoit pourrait-il être déclaré irrecevable, « *alors même que le délai raisonnable (...) n'aurait pas encore expiré* ». En définitive, dans le cas où le bénéficiaire du permis ne parvient pas à établir qu'il a procédé aux modalités d'affichage permettant le déclenchement du délai, le recours du tiers peut encore être déclaré tardif par trois procédés différents.

446. L'utilité de la jurisprudence *Czabaj* dans le régime du recours contre le permis de construire apparaît donc moins importante. Si, à nouveau, une logique d'ensemble peut justifier que le principe général de la sécurité juridique soit interprété comme imposant l'institution d'une condition de délai raisonnable lorsque le délai de recours est rendu inopposable en application d'une disposition réglementaire, l'objectif de cohérence poursuivi par le juge le conduit à prendre part à une multiplication des règles de procédure et à la complexification du droit. En outre, par l'accumulation de règles qui, par elles-mêmes, ne privent pas le demandeur de son droit à un recours effectif, la garantie des finalités poursuivies par le recours se trouve nécessairement affaiblie.

917 Patrick AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDP* 1985, p. 54, spec. pp. 79 et s. ; Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, LGDJ, 1997, p. 62.

918 CE, 15 avril 2016, n° 375132, *Marcon*.

447. Décisions relevant du champ de l'obligation d'information sur les voies et délais de recours. Au travers de ces différentes configurations contentieuses, la jurisprudence administrative a progressivement confirmé que la condition du délai raisonnable d'un an avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des hypothèses dans lesquelles les décisions administratives doivent être portées à la connaissance des intéressés en comportant une information sur les voies et délais de recours. Elle s'est ainsi naturellement déclinée aux recours visant des décisions individuelles d'une grande variété, impliquant parfois d'adapter la formulation du considérant de principe de l'arrêt *Czabaj*. Tel fut le cas dans les arrêts *Amar* et *Valière*, qui ont respectivement employé le délai raisonnable en matière de recouvrement fiscal et de permis de construire, ou dans l'arrêt *Communauté d'agglomération du pays ajaccien* dans le cas du recours contre un titre exécutoire⁹¹⁹. De manière plus originale, le Conseil d'État a étendu cette condition aux recours dirigés contre certaines décisions d'espèce, dans son arrêt *SCI La Chaumière* du 25 septembre 2020⁹²⁰. Le régime de ces décisions, ni réglementaires ni individuelles, présente un caractère hybride et leur publicité peut notamment être effectuée au moyen d'une notification, selon des modalités semblables aux décisions individuelles. Il en va ainsi de la décision de transfert de voies privées au sein du domaine public, prévue par l'article R. 318-3 du code de l'urbanisme, dont le Conseil d'État avait jugé que le délai de recours était déclenché, à l'égard des anciens propriétaires, par une notification accomplie conformément à l'article R. 421-5 du CJA⁹²¹. Le délai de l'article R. 421-1 du CJA pouvant être rendu inopposable à l'égard de certains requérants par l'irrégularité de la mention des voies et délais de recours, il paraissait légitime que le délai raisonnable soit invoqué par le juge pour garantir la stabilité des situations juridiques.

448. Il ressort de ces décisions que le délai prétorien de la jurisprudence *Czabaj* peut être opposé dans toutes les hypothèses où un mécanisme réglementaire fait obstacle au déclenchement du délai de forclusion du recours contentieux à l'égard d'un acte administratif non réglementaire. Au-delà de la cohérence générale qui résulte du caractère global de cette solution, il apparaît logique que cette condition de délai raisonnable, fondée sur un principe général et supra-réglementaire, permette, au nom de la sécurité juridique, de limiter la portée d'un mécanisme réglementaire empêchant la stabilisation des situations par l'écoulement du temps. L'articulation du délai de la jurisprudence *Czabaj* et de certaines dispositions

919 CE, 9 mars 2018, n° 401386, *Communauté d'agglomération du pays ajaccien*, RDP 2018, p. 521, chron Hélène PAULIAT.

920 CE, 25 septembre 2020, n° 430945, *SCI La Chaumière*, Jcp A 2020, 2319, note Hélène PAULIAT.

921 CE, 13 octobre 2016, n° 381574, *Commune de La Colle-sur-Loup*.

législatives avec lesquelles il aurait pu entrer en conflit s'est avérée plus délicate, comme en témoignent les décisions rendues à propos de deux catégories de décisions administratives : les décisions implicites et les décisions à objet purement pécuniaire.

449. Décisions implicites. Les décisions implicites de rejet n'ont pas immédiatement été intégrées au champ d'application de la jurisprudence *Czabaj*, l'arrêt de 2016 ayant évoqué explicitement le seul cas des « *décisions individuelles notifiées à leurs destinataires* ». Comme les décisions explicites, les décisions implicites sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux dans le délai de deux mois : celui-ci ne pouvant toutefois être déclenché à leur notification, il commence à courir à compter de leur naissance, laquelle intervient à l'issue d'un délai suivant la réception de la demande de l'administré. La loi DCRA du 12 avril 2000 a imposé à l'administration de délivrer un accusé de réception à l'auteur d'une telle demande, lequel doit préciser les modalités de formation d'une décision implicite et mentionner les voies et délais de recours permettant de la contester, à peine d'inopposabilité du délai de forclusion. Cette règle a été codifiée à l'article L. 112-6 du CRPA, qui dispose que « *les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications exigées par la réglementation* ». Dans l'arrêt *Jounda Nguegoh* du 18 mars 2019, le Conseil d'État a considéré que la règle du délai raisonnable était également applicable à « *la contestation d'une décision implicite de rejet née du silence gardé par l'administration sur une demande présentée devant elle, lorsqu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la décision* »⁹²². Comme la rapporteure publique Cécile Barrois de Sarigny, il a ainsi estimé que la valeur législative des dispositions consacrant le principe de l'inopposabilité du délai de recours à l'égard des décisions implicites ne faisait pas obstacle à l'extension de la condition du délai raisonnable. La formulation de l'article L. 112-6 du CRPA pouvait pourtant être lue comme une prescription législative explicite devant prévaloir sur le principe général de la sécurité juridique, que le juge n'avait jusqu'alors mobilisé que pour limiter des mécanismes prévus par des dispositions réglementaires. C'est en interprétant la notion plurielle de « *délais de recours* » au sens de l'article L. 112-6 comme renvoyant au seul délai de l'article R. 421-1 du CJA que le Conseil d'État a pu invoquer le principe général de la sécurité juridique pour fonder un délai subsidiaire sans contredire la loi, qui conserve dès lors son effet de neutralisation du délai réglementaire. Bien qu'il soit relativement convainquant et qu'il

922 CE, 18 mars 2019, n° 417270, *Jounda Nguegoh*, *Jcp A* 2019, 2222, chron. Olivier LE BOT. En 2020, l'arrêt *Société Château Chéri* (précité) a confirmé cette solution en précisant qu'elle concernait également l'hypothèse du rejet implicite d'un recours gracieux.

confère une cohérence louable au champ d'application du délai raisonnable, ce raisonnement suscite toutefois des interrogations dans la mesure où il autorise l'extension de la jurisprudence *Czabaj* indépendamment de la valeur normative des dispositions instituant explicitement l'inopposabilité des délais de recours. Si le mécanisme de l'article R. 421-5 du CJA est techniquement similaire à celui de l'article L. 112-6 du CRPA, la légitimité du juge administratif pour en limiter la portée sur le fondement d'un principe général du droit ne paraît pas égale dans les deux cas. À ce titre, il peut être regretté que le Conseil d'État n'ait pas fait le choix de refuser d'étendre la jurisprudence *Czabaj* aux décisions implicites de rejet en l'état des textes, et de renvoyer au législateur le soin d'y procéder : il est permis de croire qu'il aurait ainsi créé les conditions d'une confirmation textuelle de sa création qui, pour porter sur un cas particulier, aurait eu le mérite d'en renforcer la légitimité.

450. Décisions expresses à objet pécuniaire. Dans l'arrêt *Communauté de communes du pays Roussillonnais* du 9 mars 2018⁹²³, le juge a également soumis à la condition du délai raisonnable le recours dirigé contre une décision à objet purement pécuniaire. Il en résulte, dans l'hypothèse où la notification irrégulière d'un tel acte aurait fait obstacle au déclenchement du délai de recours à son encontre, que son destinataire ne peut en demander l'annulation au juge de l'excès de pouvoir plus d'un an après avoir eu connaissance de son existence. Cette solution, qui associe les jurisprudences *Czabaj* et *Lafon*⁹²⁴, confirme la volonté classique du juge administratif de faciliter la contestation des décisions à objet purement pécuniaire en les soumettant au régime de l'excès de pouvoir⁹²⁵, sans favoriser le contournement du délai de forclusion par l'exercice d'un recours de plein contentieux indemnitaire, irrecevable en vertu de l'exception de recours parallèle.

451. Contentieux de la responsabilité. Inversement, le juge a refusé d'étendre la jurisprudence *Czabaj* au plein contentieux indemnitaire. L'arrêt *Centre Hospitalier de Vichy* du 17 juin 2019 juge ainsi que la règle du délai raisonnable de recours « *ne trouve pas à s'appliquer aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique qui, s'ils doivent être précédés d'une réclamation auprès de l'administration, ne tendent pas à l'annulation ou à la réformation de la décision rejetant tout ou partie de cette réclamation mais à la condamnation de la personne publique à réparer les préjudices qui lui sont*

923 CE, 9 mars 2018, n° 405355, *Communauté de communes du Pays roussillonnais*, AJDA 2018, p. 1790, note Damien CONNIL.

924 CE, sect., 2 mai 1959, *Lafon*, rec. p. 282.

925 CE, 8 mars 1912, *Lafage*, rec. p. 348, S. 1913, III, 1, concl. Georges PICHAT et note Maurice HAURIOU, RDP 1912, p. 266, chron. Gaston JEZE.

imputés », dès lors que « *la prise en compte de la sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'effet du temps, est alors assurée par les règles de prescription prévues par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 ou, en ce qui concerne la réparation des dommages corporels, par l'article L. 1142-28 du code de la santé publique* »⁹²⁶. Ce raisonnement a été transposé en matière contractuelle, la Cour administrative d'appel de Lyon ayant jugé que la sécurité juridique était assurée, dans le cadre d'un litige relatif au règlement financier d'un marché public, par les règles de prescription ou les clauses contractuelles de forclusion⁹²⁷.

452. Les décisions *Communauté de communes du pays Roussillonnais* et *Centre Hospitalier de Vichy* reproduisent ainsi une démarcation classique entre les règles appliquées pour apprécier la recevabilité de recours relevant de l'excès de pouvoir et de la pleine juridiction dans lesquels les requérants poursuivent des objectifs semblables. Si cette continuité confère à ces solutions une forte cohérence du point de vue des modalités de l'articulation des voies de droit, il est possible de s'interroger sur les raisons qui ont amené le Conseil d'État à considérer que l'existence d'une règle législative de prescription permettait d'assurer une sécurité juridique suffisante dans le contentieux de pleine juridiction et non dans le recours pour excès de pouvoir⁹²⁸. Alors que le défendeur peut opposer la prescription quadriennale dans ce recours, il est probable que le caractère d'ordre public de la règle du délai raisonnable ait été perçu comme une garantie de stabilité plus adaptée au contentieux objectif. L'unité du régime procédural de l'excès de pouvoir est ainsi assurée au prix d'une division des règles applicables aux recours tendant au versement d'une somme d'argent, dans lesquels la prescription instituée par la loi n'implique pas systématiquement que le délai raisonnable jurisprudentiel soit écarté.

453. Fondée sur le principe général de la sécurité juridique consacré en droit interne sous l'influence du droit européen⁹²⁹, la jurisprudence *Czabaj* souligne également la pénétration des instruments juridiques européens en droit français par l'utilisation de la technique du délai raisonnable.

926 CE, 17 juin 2019, n° 413097, *Centre Hospitalier de Vichy*, AJDA 2019, p. 1255 ; Jcp A 2020, 2004, note Caroline BRAUD.

927 CAA Lyon, 7 octobre 2021, n° 21LY00022, *Société Majolane de Construction*.

928 Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice – Réflexions sur cinq ans de jurisprudence *Czabaj* », AJDA 2021, p. 2143.

929 Frédéric TRAIN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français en matière de droit transitoire », AJDA 2010, p. 1305.

§ 2 - La technique du délai raisonnable

454. Dans l'hypothèse de l'inopposabilité ou de l'absence d'un délai de forclusion, le juge a privilégié l'utilisation du standard flexible du délai raisonnable pour fixer une limite à l'exercice du recours et garantir la stabilité des actes juridiques (A). Conceptuellement distinct du délai prédéterminé par les textes, ce délai raisonnable obéit à un régime spécifique tant du point de vue de son déclenchement que de son écoulement (B).

A - Le standard du délai raisonnable

455. La détermination préalable et objective d'un délai concourt à la sécurité juridique à plusieurs titres. En premier lieu, la fixation d'un terme à l'exercice d'un recours ou d'une action garantit la stabilité des situations qu'ils peuvent viser. En deuxième lieu, l'indication de la durée de ce délai procure une prévisibilité aux intéressés, qui sont en mesure de connaître la période pendant laquelle une situation est susceptible d'être remise en cause. En matière de procédure contentieuse, il est ainsi particulièrement nécessaire à la sécurité juridique que les délais de forclusion ou de prescription soient fixés avec précision.

456. Les textes ne sauraient toutefois prévoir *tous* les délais qui doivent être respectés par les sujets ou institutions et notamment ceux dans lesquels des autorités administratives ou juridictionnelles doivent intervenir ou prendre une décision en réponse à une demande ou un recours⁹³⁰. D'une manière générale, il peut être postulé que de tels délais dépendent principalement de la complexité de leur objet. Si certaines dispositions fixent des délais dans lesquels l'administration⁹³¹ ou le juge doivent statuer⁹³², elles présentent généralement un caractère matériellement indicatif et il est plus exceptionnel que leur dépassement soit sanctionné⁹³³. Afin d'éviter que l'auteur d'une demande soit indéfiniment placé dans l'incertitude, la technique de la décision implicite peut être employée pour conférer un sens au

930 David RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 307.

931 V. par ex. l'art. R. 531-23 du CESEDA fixant un délai de quinze jours pour l'examen, par l'OFPPA, d'une demande d'asile en procédure accélérée.

932 V. par ex. l'art. L. 521-2 du CJA selon lequel le juge des référés se prononce dans le délai de 48h ; v. également l'art. R. 600-6 du code de l'urbanisme, aux termes duquel « *le juge statue dans un délai de dix mois sur les recours contre les permis de construire un bâtiment comportant plus de deux logements ou contre les permis d'aménager un lotissement* ».

933 L'article R. 121 du code électoral prévoit le dessaisissement du tribunal administratif s'il ne statue pas dans le délai de deux mois à compter de l'enregistrement de la réclamation contre les opérations électorales prévue à l'article R. 119.

silence de l'autorité saisie. Elle connaît cependant certaines limites⁹³⁴ et n'apparaît pas comme un instrument adapté à l'activité juridictionnelle⁹³⁵.

457. Dans les hypothèses où aucun délai n'est explicitement prévu, le principe de sécurité juridique a été interprété comme le fondement d'une obligation d'agir dans un délai qualifié de *raisonnable*. Faute d'être doté d'une durée, le respect d'un tel délai semble ne pouvoir être apprécié qu'*a posteriori*, par le juge ou sous son contrôle : « *ne fournissant pas de solution précise et fixe (...) son application requiert d'aller des faits vers le droit, suivant un certain bon sens* »⁹³⁶, aussi peut-il être considéré comme un « *standard* »⁹³⁷ de mesure du temps, indexé sur une valeur philosophique. L'adjectif *raisonnable* désigne ainsi le caractère ou la qualité de ce qui est déterminé en vertu de la *raison* et par le procédé du *raisonnement*, et renvoie aux idées de juste mesure, de proportionnalité, de normalité ou de logique. Distinct, sans y être étranger, de l'idée plus objective de rationalité, le *raisonnable* s'appréhende de manière subjective et en opposition au *déraisonnable*, lui-même associé à l'arbitraire, l'abus ou l'excès, plutôt qu'à l'irrationnel⁹³⁸. Le *délai raisonnable* paraît dès lors pouvoir être envisagé comme un laps de temps dont la durée, sans pouvoir être définitivement ni préalablement fixée, n'excède pas ce que la raison accepte au terme d'une analyse concrète des circonstances.

458. Cette conception flexible du standard du délai raisonnable a été retenue par les juridictions européennes, avant d'irriguer le droit national (1). La jurisprudence *Czabaj* du Conseil d'État en traduit une approche différente et plus rigide, rejetée par la CJUE, qui limite son autonomie à l'égard des délais fixes (2).

934 V. ainsi Bertrand SEILLER, « La simplification est en marche... arrière », *AJDA* 2014, p. 1681 ; Jean-Marc PASTOR, « Le silence vaut accord : une révolution administrative à la peine », *AJDA* 2016, p. 1892 ; Pascale GONOD, « Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères », *RFDA* 2014, p. 43.

935 Des dispositifs textuels permettent de donner un sens au silence du juge, mais il s'agit le plus souvent de la conséquence d'une inaction du requérant. Tel est le cas du mécanisme de la renonciation à action devant la commission du contentieux du stationnement payant (art. 2333-120-39 CGCT, v. sur ce sujet CE, 18 décembre, 2020, n° 436605, *Gatibelza*, *DA* 2021, n° 3, alerte 41 Anne COURREGES), et du désistement d'office de l'article R. 612-5-2 du CJA.

936 Céline BLOUD-REY, « Standard » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

937 Xavier MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du « raisonnable » ? », in Sophie THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, L'Épitoque, 2016, p. 28 ; Delphine COSTA, « Cartographie des concepts juridiques liés au temps », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 14.

938 Sophie THERON, « Au-delà du droit administratif, en droit administratif : quelles références ? Quelles significations ? », in Sophie THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, L'Épitoque, 2016, p. 13 et s.

1 - La conception flexible du délai raisonnable partagée par les juridictions européennes.

459. La Cour de justice des Communautés européennes a fait usage du standard du délai raisonnable dans l'élaboration jurisprudentielle du régime de la révocation des actes administratifs des institutions communautaires, avant de consacrer une obligation générale imposant à ces institutions d'agir dans un délai raisonnable. La Cour européenne des droits de l'homme l'a, quant à elle, employé pour contrôler la durée des procédures judiciaires, sur le fondement de l'article 6 de la convention EDH qui dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ».

460. **Délai raisonnable de retrait d'acte administratif communautaire.** L'affaire *Algera* de 1957⁹³⁹, portant sur le retrait de nomination de fonctionnaires de la communauté, avait confronté la Cour au silence de la législation communautaire en matière de délai pour la révocation des actes administratifs. Estimant qu'il serait « *choquant pour l'équité de permettre à une administration de revenir sur des situations acquises, même illégales, qui ont produit leurs effets pendant de nombreux mois, voire des années* », l'avocat général Maurice Lagrange avait suggéré à la Cour d'admettre « *l'idée d'un "délai raisonnable"* »⁹⁴⁰, après avoir examiné les solutions retenues par les systèmes de différents États-membres. La Cour a suivi la méthode et le raisonnement de son avocat général : constatant que le Traité « *ne contient pas de règles* » pour la résolution du problème « *bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté* » du retrait des actes administratifs illégaux, elle s'est estimée, « *sous peine de commettre un déni de justice* », dans l'obligation de lui apporter une solution inspirée « *des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres* ». S'appuyant explicitement sur « *une étude de droit comparé* » et en « *accord avec les conclusions de M. l'avocat général* », elle a ainsi consacré « *le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable* ». En l'espèce, elle avait jugé que le retrait, prononcé plus de six mois après l'adoption des arrêtés, était intervenu dans un tel délai.

461. À travers ce standard du délai raisonnable, la Cour avait pu résoudre le litige à l'origine de l'affaire *Algera* d'une manière satisfaisante, sa créativité prétorienne pouvant se revendiquer de l'esprit général des systèmes nationaux sans marquer de préférence pour l'un

939 CJCE, 12 juillet 1957, aff. 7/56, 3/57 à 7/57, *Algera et a.*, rec. p. 89, concl. Maurice LAGRANGE p. 136.

940 Maurice LAGRANGE, *id.*, p. 156.

d'entre eux⁹⁴¹. En outre, la souplesse du délai raisonnable pouvait traduire une forme de retenue jurisprudentielle, permettant de combler un vide juridique sans se substituer au législateur communautaire. Malgré tout, il n'était pas certain qu'il pourrait durablement fonder le régime de la révocation des actes administratifs des institutions communautaires, en particulier eu égard l'imprévisibilité inhérente à un délai dont la durée ne pouvait être connue *a priori*. Cinq ans plus tard, à l'occasion de l'affaire *Hoogovens* de 1962⁹⁴², l'avocat général Lagrange lui-même avait ainsi invité la Cour à faire sienne la solution alors pratiquée par le Conseil d'État français, consistant à aligner le délai de retrait sur celui du recours contentieux : il s'agissait selon lui du « *seul moyen d'assurer réellement la sécurité juridique, car le caractère définitif de l'acte résulte alors d'un critère objectif et facile à constater; à savoir l'expiration du délai de recours, tandis que l'appel à la notion d'un "délai raisonnable" laisse planer une incertitude, une sorte d'épée de Damoclès, aussi bien sur l'éventualité d'une contestation ultérieure que sur l'appréciation future du juge quant à l'évaluation de ce délai raisonnable* »⁹⁴³. La Cour a cependant confirmé sa solution dans cette affaire et ne l'a jamais abandonnée⁹⁴⁴. Plus de cinquante ans après l'arrêt *Algera*, le professeur Jürgen Schwarze constatait ainsi qu'« *une définition plus détaillée et valable de manière générale, du concept de "délai raisonnable", fait toujours défaut* »⁹⁴⁵. Selon cet auteur, « *celle-ci serait néanmoins indispensable si l'on voulait garantir en droit communautaire une plus grande sécurité juridique à l'encontre de l'abrogation d'actes administratifs constitutifs* »⁹⁴⁶.

462. Obligation générale d'agir dans un délai raisonnable. À partir des années 1970, deux tendances parallèles de la jurisprudence communautaire ont développé le champ de l'exigence du délai raisonnable et précisé ses fondements.

463. De manière négative, la première tendance a consisté à exclure, sur le fondement du principe de sécurité juridique, les actions jugées excessivement tardives de la Commission dans des hypothèses où les textes n'avaient pas fixé de limite temporelle. Elle a émergé dans le champ des sanctions des violations des règles de la concurrence, dans lequel la législation

941 Jean-Yves VINCENT, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux – Examen comparatif des solutions adoptées en Droit européen et en Droit français », *RTD Eur.* 1974, p. 31.

942 CJCE, 12 juillet 1962, aff. 14/61, *Hoogovens*, rec. p. 491, concl. Maurice LAGRANGE p. 529.

943 Maurice LAGRANGE, *id.*, p. 539.

944 Par ex., CJCE, 3 mars 1982, aff. C-14/81, *Alpha Steel*, § 10 ; CJCE, 26 février 1987, aff. C-15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*, § 12 ; CJCE, 4 mai 2006, aff. C-508/03, § 68 ; CJCE, 18 octobre 2012, aff. C-402/11, § 59.

945 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Larcier, 2009, p. 1045.

946 *Ibid.*

communautaire n'avait pas initialement institué de délai de prescription du pouvoir de la Commission d'infliger des amendes. Dans l'arrêt *ACF Chemiefarma*⁹⁴⁷, la Cour avait d'abord refusé d'instituer par voie prétorienne un délai de substitution, au nom du principe de sécurité juridique et du respect de la compétence du législateur. Cette position a été nuancée par l'arrêt *ICI* de 1972, qui rappelle que « *la fixation d'un délai de prescription et de ses modalités relève de la compétence du législateur* », mais ajoute qu'« *en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes* »⁹⁴⁸. Par la suite, ce principe a été confirmé par la Cour⁹⁴⁹ et généralisé par le Tribunal⁹⁵⁰.

464. La seconde tendance formule de manière positive l'obligation d'agir dans un délai raisonnable. En ce sens, la Cour a jugé dans son arrêt *Lorenz* de 1973 que la Commission, saisie par un État-membre d'une demande d'aide financière, était tenue de « *faire diligence* » et a précisé qu'elle ne saurait « *être considérée comme agissant avec la diligence voulue si elle omettait de prendre position dans un délai raisonnable* »⁹⁵¹. Dans un autre domaine, l'arrêt *Guérin automobiles* du 18 mars 1997 a souligné que l'obligation faite à la Commission d'intervenir dans un délai raisonnable après avoir été saisie d'une plainte était liée « *aux principes de bonne administration* »⁹⁵². Par un jugement *SCK et FNK* du 22 octobre 1997, le Tribunal de première instance a, quant à lui, affirmé que « *le respect par la Commission d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue (...) un principe général du droit communautaire* »⁹⁵³.

465. En 2004, l'arrêt *Eagle* du Tribunal paraît avoir unifié ces deux tendances, en liant l'interdiction de retarder indéfiniment l'intervention de la Commission à l'obligation positive d'agir dans un délai raisonnable : il juge que « *le respect d'un délai raisonnable est requis dans tous les cas où, dans le silence des textes, les principes de sécurité juridique ou de protection de la confiance légitime font obstacle à ce que les institutions communautaires et les personnes physiques ou morales agissent sans aucune limite de temps, risquant ainsi,*

947 CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, *ACF Chemiefarma*.

948 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI)*, § 49 ; v. également CJCE, 14 juillet 1972, *Geigy*, §§ 20-21.

949 CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-276/97, *Commission c/ France*, § 63.

950 TPICE, 5 octobre 2004, aff. T-144/02, *Eagle*, §§ 57-58.

951 CJCE, 11 décembre 1973, aff. C-120/73, *Lorenz GmbH / Bundesrepublik Deutschland e.a.*, § 4.

952 CJCE, 18 mars 1997, aff. C-282/97, *Guérin automobiles c/ Commission*, § 37.

953 TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95, T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK), Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK)*, § 56.

notamment, de mettre en péril la stabilité de situations juridiques acquises »⁹⁵⁴. Dérivée du principe de sécurité juridique, la notion de délai raisonnable est ainsi employée par les juridictions de l'Union comme un élément général du « *contrôle du délai d'action de la Commission* »⁹⁵⁵. L'observation de la jurisprudence européenne révèle cependant que, si le champ progressivement conféré à cette exigence s'est étendu, la sévérité dont la Cour fait preuve pour en assurer le respect en limite encore la portée : les hypothèses de constat de violation de cette exigence semblent rarement envisagées autrement que comme des solutions d'espèce et, en fonction des circonstances de chaque affaire, l'achèvement de certaines procédures au terme de nombreuses années peut être jugé raisonnable⁹⁵⁶.

466. Délai raisonnable de jugement au sens de l'article 6 § 1 CESDH. L'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacre le droit pour toute personne d'être entendue dans un délai raisonnable par un tribunal. La Cour en déduit, de manière aussi classique que constante, que les procédures de jugement en matière civile et pénale ne doivent pas excéder un délai raisonnable⁹⁵⁷. Il ressort de sa jurisprudence que « *le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes* ». Si ces critères d'appréciation sont bien systématisés, le respect du délai raisonnable ne peut être apprécié que par une analyse *in concreto* des circonstances de chaque espèce.

467. Cette exigence s'est renforcée à partir des années 2000. D'une part, la Cour a précisé, dans l'arrêt *Ekin c/ France* de 2001, qu'elle présentait le caractère d'une obligation de résultat à la charge des États⁹⁵⁸. D'autre part, l'arrêt *Kudla c/ Pologne* a interprété l'article 13 de la convention comme imposant l'existence, en droit interne, d'un recours effectif permettant d'empêcher ou de réparer les conséquences de la violation du délai raisonnable de jugement⁹⁵⁹.

954 TPICE, 5 octobre 2004, aff. T-144/02, *Eagle*, §§ 57-58.

955 Jérémie VAN MEERBEECK, *op. cit.*, § 103.

956 *Id.*, §§ 106 et 107.

957 Par ex., CEDH, 27 juin 1968, n° 1936/63, *Neumeister c/ Autriche*, § 16 et s. (absence de violation) ; CEDH, 28 juin 1978, n° 6232/73, *König c/ Allemagne*, § 111 (violation) ; CEDH, 19 février 1991, n° 11804/85, *Manzoni c/ Italie*, § 18 (violation) ; CEDH, 27 novembre 1991, n° 12325/86, *Kemmache c/ France*, § 71 (violation) ; CEDH, 25 mars 1999, n° 25444/94, *Pélissier et Sassi c/ France*, § 75 (violation).

958 CEDH, 17 juillet 2001, n° 39288/98, *Ekin c/ France* (spec. § 73), *AJDA* 2001, p. 52, note François JULIEN-LAFFERIERE.

959 CEDH, 26 octobre 2000, n° 30210/96, *Kudla c/ Pologne*.

468. Influence sur le droit interne. Les jurisprudences de la CJCE et de la CEDH imposant aux institutions administratives et juridictionnelles le respect d'un délai raisonnable ont influencé, voire provoqué, les évolutions du droit interne et notamment de la jurisprudence du Conseil d'État des années 2000, qui a intégré la conception subjective et concrète du délai raisonnable partagée par les juridictions européennes.

469. Exigence de délai raisonnable à la charge de l'administration. La jurisprudence communautaire relative au retrait des actes administratifs des institutions n'a, semble-t-il, pas exercé d'influence particulière sur les évolutions du droit administratif interne réalisées au début des années 2000. Bien qu'elle ait abandonné la solution de l'alignement du délai de retrait sur le délai du recours contentieux, la décision *Ternon* de 2001⁹⁶⁰ a ainsi emprunté une voie plus conforme à l'esprit de la jurisprudence *Dame Cachet* que ne l'aurait été une transposition de la condition européenne du délai raisonnable, en définissant de manière prétorienne un délai fixe de quatre mois pour le retrait des décisions créatrices de droits. Le régime général de la révocation des actes administratifs institué par le code des relations entre le public et l'administration a confirmé cette solution en s'appuyant systématiquement sur des délais prédéfinis pour encadrer le retrait et l'abrogation des actes administratifs⁹⁶¹.

470. Le début des années 2000 a toutefois assisté, avec l'arrêt *Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police nationale*⁹⁶², à la consécration⁹⁶³ d'un principe général du droit selon lequel l'autorité administrative est tenue de publier les règlements qu'elle édicte dans un délai raisonnable⁹⁶⁴, sauf à justifier de circonstances particulières. Adopté conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Olson, le critère du délai raisonnable semble directement inspiré de la jurisprudence communautaire. En caractérisant cette obligation comme un principe général du droit autonome plutôt qu'en la déduisant des dispositions de la loi DCRA relatives à l'accès au droit, le Conseil d'État a en effet employé

960 CE, ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *RFDA* 2002, p. 88, note Pierre DELVOLLE.

961 Gweltaz EVEILLARD, « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2015, p. 2474 ; Bertrand SEILLER, « La sortie de vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 58.

962 CE, 12 décembre 2003, n° 243430, *Ministre de l'intérieur c/ Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police*, *AJDA* 2004, p. 442, note H.M. ; *Jcp A* 2004, n° 1134, note Marie-Christine ROUAULT ; *Les nouvelles fiscales* 2004, n° 4, p. 237, concl. Terry OLSON.

963 V. également l'arrêt plus ancien CE, ass., 27 novembre 1964, *Veuve Renard*, rec. p. 590, selon lequel le gouvernement est tenue à une « obligation d'assurer la pleine application [d'un] décret en prenant, dans un délai raisonnable (...) le texte complémentaire qui y était expressément prévu ».

964 V. pour une application, CAA Bordeaux, 7 décembre 2004, n° 99BX00789, *Filliatre*.

une méthode très semblable à celles des juridictions européennes, dans le même objectif de renforcement de la prévisibilité du droit et de la sécurité juridique des administrés.

471. Exigence de délai raisonnable à la charge du juge. À la même période, le standard du délai raisonnable appliqué par la Cour EDH dans le contrôle de l'incidence des délais de jugement sur le droit à un recours effectif a également été retenu par le Conseil d'État lorsqu'il a tiré les conséquences de la décision *Kudla c/ Pologne*. La motivation de l'arrêt *Magiera* de 2002, qui admet le principe de la responsabilité pour faute de l'État du fait de la méconnaissance d'un délai raisonnable de jugement, s'inspire ainsi directement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et confirme que le juge administratif observe le standard du délai raisonnable à travers le même prisme⁹⁶⁵.

472. En dépit de leurs origines distinctes, ces deux lignes jurisprudentielles traduisent une conception partagée du standard du délai raisonnable, reposant sur une appréciation concrète du délai au regard des circonstances de chaque espèce et destinée à conférer des garanties à l'administré face à la puissance publique⁹⁶⁶. La jurisprudence *Czabaj* paraît s'inscrire dans une logique différente, la décision de l'assemblée du contentieux ayant choisi de définir par avance la « *durée de référence* »⁹⁶⁷ du délai qu'elle qualifie de raisonnable.

2 - La conception rigide du délai raisonnable au sens de la jurisprudence Czabaj.

473. Durée du délai raisonnable. La décision de l'assemblée du contentieux indique que, « *en règle générale et sauf circonstances particulières* », le délai raisonnable dans lequel le recours doit être exercé « *ne saurait, (...), excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance* ». D'une manière semblable à l'article R. 600-3 du code de l'urbanisme, elle concrétise ainsi une certaine « *idée selon laquelle il existe un délai "raisonnable" au-delà*

965 CE, ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Magiera*, rec. p. 248, concl. François LAMY ; *AJDA* 2002, p. 596, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS ; *DA* 2002, n° 10, comm. 167 Martine LOMBARD. La décision indique ainsi que « *le caractère raisonnable du délai de jugement d'une affaire doit s'apprécier de manière à la fois globale – compte tenu, notamment, de l'exercice des voies de recours – et concrète, en prenant en compte sa complexité, les conditions de déroulement de la procédure et, en particulier, le comportement des parties tout au long de celle-ci, mais aussi, dans la mesure où la juridiction saisie a connaissance de tels éléments, l'intérêt qu'il peut y avoir, pour l'une ou l'autre, compte tenu de sa situation particulière, des circonstances propres au litige et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement* »

966 Alix PERRIN, « Le développement du délai raisonnable », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 75.

967 Olivier HENRARD, *id.*

duquel un recours ne doit plus être possible »⁹⁶⁸, et qui pourrait être connu ou, à tout le moins, estimé par avance. Cette préfixation la démarque nettement de la jurisprudence communautaire relative au délai raisonnable de recours employé dans le silence des textes. Dans l'arrêt de réexamen rendu dans l'affaire *Arango Jaramillo c/ BEI*, la Cour avait en effet censuré l'interprétation rigoureuse que le tribunal avait retenu de la notion de délai raisonnable.

474. Estimation du délai raisonnable. Dans cette affaire, le tribunal de l'Union avait entendu s'inscrire dans la ligne de la jurisprudence *Dunnnett* du tribunal de première instance, qui avait institué l'exigence que les recours des agents de la BEI contre les actes de cette institution leur faisant grief soient exercés dans un délai raisonnable. Le TPICE avait alors estimé que, pour apprécier le caractère raisonnable du délai dans lequel les requérants avaient agi, il convenait « *de s'inspirer des conditions relatives aux délais de recours définies par les articles 90 et 91 du statut [des fonctionnaires de la Communauté]* », qui prévoient un délai de trois mois, dès lors que « *les litiges entre la Banque et ses agents s'apparentent, par leur nature, aux litiges entre les institutions communautaires et leurs fonctionnaires* » : en l'espèce, un délai de deux mois avait été jugé raisonnable. Confirmant cette approche, le tribunal de première instance a également jugé, dans une ordonnance *D. c/ BEI* de 2002, « *qu'un délai de trois mois doit, en principe, être considéré comme raisonnable* »⁹⁶⁹.

475. Dépassement de la durée estimée. De cette jurisprudence, le Tribunal de l'Union a finalement déduit *a contrario*, dans son arrêt *Arango Jaramillo* de 2012, que « *tout recours introduit par un agent de la BEI après l'expiration du délai de trois mois, augmenté du délai de distance forfaitaire de dix jours, doit, en principe, être considéré comme ayant été introduit dans un délai non raisonnable* »⁹⁷⁰. Selon lui, cette interprétation devait être admise dès lors que, d'après la jurisprudence de la Cour, « *seule une application stricte des règles de procédure fixant un délai de forclusion permet de répondre à l'exigence de sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou tout traitement arbitraire dans l'administration de la justice* »⁹⁷¹. L'arrêt précise enfin que la mise en œuvre de cette règle repose sur une « *présomption générale* » qui « *n'impose pas au juge de l'Union de tenir*

968 Rozen NOGUELLOU, « Le contentieux de l'urbanisme », AJDA 2020, p. 230.

969 TPICE, ord., 6 décembre 2002, aff. T-275/02, *D. c/ BEI* § 33. ; dans le même sens, TPICE, ord., 30 mars 2000, aff. T-33/99, *Mendez Pinedo*, §§ 33-34.

970 TUE, 19 juin 2012, aff. T-234/11, *Arango Jaramillo*, § 27 et § 34.

971 *Id.*, § 27.

compte des circonstances particulières au cas d'espèce »⁹⁷². C'est ainsi que le tribunal de l'Union a jugé, à la suite du tribunal de la fonction publique, que le recours enregistré une minute après l'expiration du délai de trois mois était tardif.

476. Rejet d'une présomption de dépassement du délai raisonnable. La Cour a estimé que ce raisonnement par présomption, impliquant une assimilation matérielle complète du délai raisonnable de la jurisprudence *Dunnett* au délai de trois mois du statut des fonctionnaires qui, en tant que délai fixe de forclusion, exclut toute prise en compte des circonstances de l'espèce, était susceptible de porter une atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'Union. En effet, il résulte de sa jurisprudence que « *le caractère raisonnable d'un délai ne saurait être fixé par référence à une limite maximale précise, déterminée de manière abstraite* »⁹⁷³, mais « *doit être apprécié en fonction de l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire et du comportement des parties en présence* »⁹⁷⁴. Cette position a d'abord été établie en 1998 par l'arrêt *Baustahlgewebe c/ Commission*⁹⁷⁵ à propos de la notion de délai raisonnable dans la procédure juridictionnelle et de l'application par la CJCE de l'article 6 § 1 de la CESDH. Dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg s'était référée à la jurisprudence de celle de Strasbourg pour affirmer que le caractère raisonnable d'un délai de jugement devait être apprécié au regard des circonstances propres de chaque affaire. Cette analyse a été transposée à l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai non déterminé dans la procédure administrative, par l'arrêt *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission* de 2002⁹⁷⁶. Dans l'arrêt de réexamen, la Cour relève qu'une telle approche prévaut également lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère raisonnable du délai dans lequel un intéressé doit demander la communication du texte d'un acte, après avoir obtenu connaissance de son existence, afin de le contester dans le délai du recours en annulation⁹⁷⁷.

477. Cette interprétation est éclairée par la prise de position de l'avocat général Paolo Mengozzi, qui précise que l'origine du « *comblement* » des lacunes textuelles du règlement du

972 *Id.*, § 35.

973 CJUE, ch. spéciale, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo et a. c/ BEI*, § 29.

974 *Id.*, § 28.

975 CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-185/95 P, *Baustahlgewebe / Commission*, §§ 26 et s.

976 CJCE, 15 octobre 2002, aff. C-238/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, § 187 : « *il convient de rappeler que le caractère raisonnable du délai est apprécié en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire ainsi que du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes* ».

977 CJUE, aff. C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo et a.*, § 32. Cf. sur cette question. CJUE, ord., 10 novembre 2011, aff. C-626/10, *Agapiou Joséphidès c/Commission et EACEA*, §§ 127 et s.

personnel de la BEI par la technique du délai raisonnable est « double ». Ainsi, elle trouve son origine « dans le rejet d'un droit de recours illimité dans le temps au profit des particuliers dans la mesure où les relations juridiques ne peuvent être remises en cause indéfiniment ». Cependant, la répartition des compétences entre les institutions de l'Union interdit au juge d'instituer un délai fixe : « il n'appartient pas en principe au juge de l'Union de se substituer au constituant, au législateur ou au pouvoir réglementaire en instituant d'office, par voie prétorienne, un délai fixe à l'expiration duquel les particuliers (...) seraient forclos », cette conséquence de l'expiration d'un délai ne pouvant être admise, selon l'avocat général, « que si elle fait l'objet d'une réglementation explicite et non équivoque »⁹⁷⁸.

478. Unité de la notion de délai raisonnable en droit européen. En assurant l'unité de la conception de la notion de délai raisonnable par opposition aux délais fixes de forclusions, la décision de la Cour a souligné l'ambivalence des exigences du principe de la sécurité juridique en matière de recevabilité temporelle des recours. Ainsi, selon sa jurisprudence, le principe de sécurité juridique suppose qu'une disposition prévoyant un délai de forclusion soit fixée de manière claire et précise⁹⁷⁹. Elle estime également que ce principe appelle une application stricte de ces règles de procédure⁹⁸⁰, auxquelles il ne peut être dérogé, conformément à l'article 45 de son statut, « que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, de cas fortuit ou de force majeure »⁹⁸¹. Il en résulte que le recours introduit en dehors d'un délai fixe de forclusion est présumé tardif. Inversement, la qualification de délai déraisonnable ne peut être retenue qu'au terme d'une analyse des circonstances de l'espèce, ce qui s'oppose à ce qu'un recours devant être introduit dans un délai raisonnable puisse être déclaré irrecevable par présomption. La Cour ne semble admettre le raisonnement présomptif que lorsqu'il permet d'identifier, par analogie avec d'autres configurations pertinentes, une limite temporelle au sein de laquelle le délai peut être présumé raisonnable, et le recours recevable⁹⁸².

479. Le Conseil d'État français s'est éloigné délibérément du principe d'indétermination du délai raisonnable retenu par la CJUE, qui considère pourtant que cette notion serait dénaturée

978 Paolo MENGOZZI, prise de position sur l'aff. C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo et a.*, §§ 22-24.

979 CJCE, 26 mai 1982, aff. 44/81, *Allemagne c/ Commission*, § 16.

980 CJUE, 22 septembre 2011, C-426/10, *Bell & Ross*, § 43.

981 V. CJCE, 26 novembre 1985, aff. 42/85, *Cockerill-Sambre*, § 12.

982 Au § 37 de l'arrêt de réexamen rendu dans l'affaire *Arango Jaramillo*, la Cour se réfère ainsi à l'ordonnance du tribunal *D. c/ BEI* de 2002, sans désavouer l'affirmation selon laquelle « un délai de trois mois devait, en principe, être considéré comme raisonnable pour l'introduction d'un recours en annulation contre des décisions de la BEI ».

par une interprétation qui l'assimilerait à un délai fixe de forclusion⁹⁸³ : il juge, par principe, qu'un recours introduit au-delà du délai d'un an est irrecevable car tardif. Comme le soulignent les conclusions du rapporteur public, ce choix trouve son origine dans la prise en compte de la jurisprudence de la CEDH relative au droit au recours, qui exige un degré suffisant de clarté du délai dans lequel il peut être exercé. En effet, la flexibilité du délai raisonnable, tout en étant sa caractéristique essentielle⁹⁸⁴, peut réduire la prévisibilité de l'action en justice du point de vue du requérant⁹⁸⁵. Il apparaissait dès lors « *indispensable* »⁹⁸⁶ au respect des exigences conventionnelles et du principe de sécurité juridique de fixer préalablement un « *point de repère* »⁹⁸⁷.

480. Le raisonnement du Conseil d'État fait ainsi écho à celui qu'avait suivi le tribunal de l'Union dans l'affaire *Arango Jaramillo*, qui visait à soumettre le délai raisonnable jurisprudentiel aux exigences de sécurité juridique appliquées aux délais fixes, et qui conduisait à juger que le délai d'action des agents de la BEI ne pouvait être regardé comme raisonnable s'il excédait le délai de trois mois ordinairement imparti aux agents des institutions européennes. Pour autant, il n'en constitue pas une exacte reproduction dans la mesure notable où la durée du délai que le Conseil d'État qualifie de raisonnable résulte d'un pur choix normatif. En effet, tandis que le juge européen apprécie fréquemment le caractère raisonnable du délai en prenant un point de comparaison dans un texte employé pour régir une situation suffisamment analogue, le juge administratif français a, comme il l'avait déjà fait dans l'arrêt *Ternon* à propos du délai de retrait, retenu arbitrairement une certaine durée. Les conclusions d'Olivier Henrard mettent en lumière les similitudes entre le raisonnement du juge et celui d'un législateur : la durée d'un an n'est pas retenue car elle apparaît plus adaptée qu'une autre à la résolution d'un cas d'espèce⁹⁸⁸, mais car elle semble, plus largement, réaliser un équilibre satisfaisant entre la sécurité juridique et la garantie du droit au recours, cette appréciation d'opportunité étant d'ailleurs éclairée par l'analyse d'éléments de droit comparé.

983 CJUE, aff. C-334/12 RX II (précitée), § 45.

984 Paolo MENGOZZI, *id.*, § 36.

985 *Id.*, § 48.

986 Olivier HENRARD, « Le délai raisonnable de recours contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée », *RFDA* 2016, p. 927.

987 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1629.

988 Il faut toutefois relever que le rapporteur public dresse un parallèle entre le délai raisonnable d'un an et le délai de prescription d'un an prévu par l'article L. 55 du code des pensions civiles et militaires. Ainsi, souligne-t-il, « *en ce domaine, le délai raisonnable pour exercer un recours juridictionnel et le délai du recours administratif seront en principe soumis à la même durée* » (Olivier HENRARD, *id.*).

481. L'approche du Conseil d'État induit donc une inversion du standard du délai raisonnable, qui associe ce qualificatif à un délai dont la durée est prédéterminée abstraitement et non appréciée concrètement et *a posteriori*. La volonté du juge de recourir à la technique du délai raisonnable sans assumer l'indétermination inhérente à ce standard peut être critiquée, notamment en ce qu'elle paraît occulter la création d'un délai matériellement fixe. Par ailleurs, il semble contre-intuitif de désigner comme raisonnable un délai dont la durée ne correspond pas, dans la plupart des cas, à une donnée dont un justiciable éclairé aurait pu tenir compte⁹⁸⁹, telle que la prescription quadriennale des créances de l'administration ou la prescription quinquennale des obligations civiles, et dont la consécration procède d'un revirement de jurisprudence nécessairement imprévisible lors de l'introduction de la requête.

482. Il peut être déduit de ces considérations que l'exigence de raison exprimée par l'arrêt *Czabaj* n'est pas adressée au requérant, qu'elle ne saurait légitimement viser, mais se dirige vers le recours lui-même, dont elle entend prévenir les abus. Alors même qu'elle était permise par les textes, la possibilité d'introduire un recours en annulation à toute époque paraît avoir été considérée comme une forme de dévoiement de cette procédure, « *exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs* »⁹⁹⁰. Les chroniqueurs du Conseil d'État ont ainsi rapidement identifié dans l'exigence du délai raisonnable un moyen de « *réprimer* », par la sanction procédurale de la tardiveté, « *un usage excessif, déraisonnable du droit de recours* »⁹⁹¹. Sans avoir été formulé explicitement par les conclusions du rapporteur public Olivier Henrard, cet argument a été repris par d'autres devant le Conseil d'État⁹⁹² et notamment Mme Barrois de Sarigny, qui a décrit le délai raisonnable comme un « *garde-fou qui prémunit la juridiction administrative d'éventuels abus du droit d'agir* »⁹⁹³. L'exigence du délai raisonnable paraît, dès lors, contribuer à une politique de moralisation des conditions de recevabilité du recours, induisant une forme de subjectivisation dans le domaine, pourtant gouverné par l'objectivité, de l'ouverture temporelle du prétoire.

989 Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2021, p. 2143.

990 CE, ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *RFDA* 2016, p. 927, concl. Olivier HENRARD.

991 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1629.

992 V. ainsi Guillaume ODINET, « La jurisprudence *Czabaj* et les décrets de libération des liens d'allégeance », *AJDA* 2020, p. 406.

993 Cécile BARROIS DE SARIGNY, « Les contours de la jurisprudence *Czabaj* après trois années d'application », *DA* 2020, n° 1, ét. 1.

483. S'il est dépourvu de la flexibilité des délais raisonnables européens, le délai de la jurisprudence *Czabaj* partage avec eux certains caractères et obéit à un régime qui le distingue, comme eux, des délais préfixés par les textes.

B - Le régime du délai raisonnable de recours

484. Le délai raisonnable au sens du droit européen, et notamment de la jurisprudence de la CJUE qui utilise ce standard dans l'examen de la recevabilité de certaines requêtes, se distingue techniquement des délais de prescription ou de forclusion arrêtés par les textes. Par opposition à ces derniers, il n'est pas doté d'une durée préfixée mais suit un régime très souple et peu systématisé, se réduisant finalement au seul principe selon lequel il doit toujours être apprécié au regard des circonstances de l'espèce, sauf à considérer par analogie avec un délai textuel pertinent que sa durée est abstraitement raisonnable.

485. Le délai de la jurisprudence *Czabaj* présente quant à lui l'originalité d'être qualifié par le juge de délai raisonnable dont la durée ne saurait « *en règle générale et sauf circonstances particulières (...) excéder un an* ». Si la formulation employée par le Conseil d'État emprunte ainsi tant au standard du délai raisonnable qu'à la technique des délais fixes, le juge ne l'a pas formellement présenté comme une forclusion ou une prescription et l'a nettement distingué des « *délais de recours fixés par le code de justice administrative* ». Il en résulte qu'il obéit à un régime différent de ces derniers, notamment en ce qui concerne la détermination du *dies a quo* et les conditions de son opposabilité (1), ainsi que les modalités d'appréciation de sa durée et de son écoulement (2).

1 - Le déclenchement du délai raisonnable

486. Le considérant de principe de l'arrêt *Czabaj* indique que le délai raisonnable dans lequel le juge doit être saisi d'un recours contre une décision individuelle commence à courir « *à compter de la date à laquelle une décision expresse (...) a été notifiée [au destinataire] ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance* ».

487. Connaissance de l'acte et absence des voies et délais de recours. Il apparaît ainsi très nettement que ces conditions n'exigent pas la mention des voies et délais de recours, à la différence de celles qui régissent le déclenchement du délai prévu à l'article R. 421-1. Il est évident qu'en ne subordonnant pas le déclenchement du délai de l'arrêt *Czabaj* à la délivrance

de ces informations, le juge poursuivait directement l'objectif de fixer une limite temporelle aux recours des destinataires contre des décisions individuelles mal notifiées.

488. Si la règle codifiée à l'article R. 421-5 a précisément pour fonction de rendre inopposable le délai de recours de deux mois dans les cas dans lesquels l'administration a manqué à son obligation d'information, il semble qu'elle n'avait pas vocation à permettre l'exercice d'un recours à toute époque. Selon le rapporteur public, cette conséquence résulterait particulièrement de la jurisprudence *Mauline* qui, en levant le « *butoir de la connaissance acquise* », aurait « *conféré aux dispositions de l'article R. 421-5 une portée nouvelle* »⁹⁹⁴. Faute, d'une part, de moyen subsidiaire de déclencher le délai de recours et, d'autre part, de tout délai de substitution, l'inopposabilité du délai de recours prévue par le CJA est progressivement apparue comme susceptible de « [mettre] *en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice* »⁹⁹⁵. Afin de contrecarrer les éventuels « *abus de droit* »⁹⁹⁶ pouvant résulter de l'exercice d'un recours dans un délai si long qu'il peut être jugé déraisonnable, l'arrêt *Czabaj* institue un délai-plafond subsidiaire. La superposition de ce délai prétorien au délai réglementaire implique désormais qu'une notification insuffisante pour déclencher le second fait en toute hypothèse courir le premier.

489. Estimant que l'article R. 421-5 est vidé de sa substance par l'existence d'un délai demeurant opposable malgré l'absence de la mention des voies et délais de recours, certains auteurs dénoncent la « *lecture contra legem du CJA* »⁹⁹⁷ retenue par le Conseil d'État. S'il est vrai que ce texte fait référence de manière indifférenciée aux « *délais de recours* », auxquels il est permis de penser que le délai de l'arrêt *Czabaj* appartient en tant que délai de « *forclusion subsidiaire* »⁹⁹⁸, plusieurs considérations justifient qu'il puisse contredire l'article R. 421-5 sans pour autant le méconnaître. En premier lieu, la distinction opérée par le Conseil d'État entre le délai prétorien et « *les délais de recours fixés par le code de justice administrative* » révèle que l'article R. 421-5 est interprété comme s'appliquant aux seuls « *délais légaux de*

994 Olivier HENRARD, *id.*

995 CE ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, *AJDA* 2016, p. 1632, chron. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET.

996 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

997 Florian POULET, « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA* 2019, p. 1088 ; en ce sens, v. également Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019, p. 669 ; Marie-Christine ROUAULT, « Le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'un recours juridictionnel soit formé au-delà d'un délai raisonnable », *AJCT* 2016, p. 572 ; François JULIEN-LAFERRIERE, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, p. 1769.

998 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.* ; cf. infra, Section suivante.

forclusion »⁹⁹⁹ du recours contentieux. Cette interprétation est indéniablement restrictive, mais elle peut revendiquer une certaine cohérence à l'égard de la prudence plus générale dont a fait preuve le juge administratif lorsqu'il a dû définir les modalités de l'application de ces dispositions aux tiers¹⁰⁰⁰. En second lieu, la règle de délai instituée par l'arrêt *Czabaj* est déduite du principe de sécurité juridique, qui bénéficie d'une valeur hiérarchique en toute hypothèse supérieure à celle des dispositions de l'article R. 421-5 du CJA : il est ainsi juridiquement convainquant que ce délai soit hors de la portée d'un mécanisme réglementaire d'inopposabilité. En définitive, l'effet de l'article R. 421-5 n'est pas complètement neutralisé dès lors que le délai du CJA demeure inopposable alors même que le requérant a reçu notification de la décision. Cette garantie du droit au recours n'est pas abolie, mais seulement limitée par l'exigence qu'il soit exercé dans un délai jugé raisonnable.

490. Alors que la règle de l'article R. 421-5 est issue d'un décret qui, en 1983, répondait à « *un souci de modernisation des rapports entre les usagers et l'administration* »¹⁰⁰¹, l'institution de ce délai-plafond témoigne d'un profond changement de perspective de la part du juge, ainsi que de la part des autorités normatives qui n'ont pas tenu à s'opposer à cette règle jurisprudentielle¹⁰⁰². La garantie que le CJA procure au destinataire d'une décision individuelle mal notifiée apparaît désormais excessive et obsolète. Le professeur Gweltaz Eveillard relève ainsi qu'« *il ne serait pas sain que l'administré soit tenu pour un perpétuel mineur, auquel toutes les informations devraient être fournies sans qu'il ait jamais à en solliciter aucune* », et souligne que l'article R. 421-5 a été rédigé « *à une époque où l'accès à l'information juridique était bien moins aisé qu'aujourd'hui et où l'aide juridique était bien moins développée* »¹⁰⁰³. Ainsi et à titre de comparaison, il peut être rappelé que le législateur fédéral belge a, en 2006, fait le choix d'une sanction moins rigoureuse que l'inopposabilité totale des délais de recours en réformant l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, se traduisant par l'ajout d'un délai de quatre mois au délai de soixante jours pour contester un

999 Paul CASSIA, note sur CE, ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 8^e ed., n° 46, p. 835.

1000 CE, avis, 15 juillet 2004, n° 266479, *Damon*, rec. p. 331, *RFDA* 2004, p. 890, concl. Jacques-Henri STAHL ; *AJDA* 2004, p. 1926, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA ; *Jcp A* 2004, 1540, note Marie-Christine ROUAULT.

1001 Florian POULET, *id.*

1002 V. sur ce point Frédéric ROLIN, « Demande d'abrogation de la norme contenue dans la décision du Conseil d'État rendue le 13 juillet 2016 », accessible en ligne sur Le blog Droit administratif (blogdroitadministratif.net), 14 juillet 2016.

1003 Gweltaz EVEILLARD, « Le délai pour agir devant le juge administratif », *DA* 2016, n° 12, comm. 63.

acte dont les voies et délais de recours n'ont pas été portés à la connaissance de son destinataire¹⁰⁰⁴.

491. Connaissance de l'acte et déclenchement du délai raisonnable. Parallèlement aux hypothèses dans lesquelles la preuve de la notification de la décision peut être rapportée par l'administration, le considérant de principe de l'arrêt *Czabaj* admet que le délai peut commencer à courir à la date à laquelle il est établi que le destinataire a eu connaissance de la décision. Ce choix du Conseil d'État, à contresens de la tendance amorcée par l'arrêt *Mauline*¹⁰⁰⁵, revalorise la notion de connaissance de la décision, de nouveau susceptible de déclencher un délai opposable au destinataire. Alors que la distinction entre la connaissance de la décision et celle des voies et délais de recours sur laquelle repose la jurisprudence *Mauline* se justifie lorsqu'il s'agit d'opposer au requérant un bref délai de deux mois, sa nécessité semble s'estomper à mesure que l'allongement du délai permet à l'intéressé d'obtenir ces informations par ses propres moyens.

492. Comme l'avaient annoncé les conclusions du rapporteur public, la longueur du délai prétorien permet également de retenir une « *conception plus souple de la connaissance des actes individuels par leurs destinataires* »¹⁰⁰⁶ que dans le cadre étroit défini par la jurisprudence traditionnelle relative à la règle de la connaissance acquise¹⁰⁰⁷. Le délai prétorien de l'arrêt *Czabaj* peut ainsi trouver son point de départ dans un élément établissant la connaissance acquise de la décision au sens de la jurisprudence classique¹⁰⁰⁸, mais aussi dans des circonstances où il apparaît que l'intéressé ne pouvait complètement ignorer son existence et son sens, appréciées de manière pragmatique. Certaines décisions paraissent s'inscrire dans la logique des arrêts *Société Défi France* et *Société Holding JLP*, qui ont en 2008 et 2009 admis des hypothèses d'acquisition de la connaissance en dehors de recours administratifs et contentieux. Ainsi a-t-il été jugé que la connaissance de décisions relatives à la carrière de fonctionnaires pouvait être établie à la date d'un entretien professionnel¹⁰⁰⁹, ou à la date de la

1004 David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, Larcier, 2020, p. 175.

1005 CE, sect., 13 mars 1998, *Mauline*, rec. p. 80, *AJDA* 1998, p. 613, concl. Jean-Denis COMBEXELLE ; *GACA* n° 36.

1006 Olivier HENRARD, *id.*

1007 Cf. supra ; le juge administratif admet que l'exercice d'un recours administratif ou juridictionnel, la production de la décision par l'intéressé ou encore sa participation à l'élaboration de l'acte établissent qu'il en a connaissance.

1008 Pour un recours gracieux : CE, 2 mai 2018, n° 391876, *OGEC Notre-Dame de Plestin-les-Grèves*, cons. n° 13 ; V. également le cas d'un recours administratif exercé par le mandataire des destinataires d'une décision : TA Paris, 10 novembre 2016, n° 1513297, *M. et Mme Nabih*, *AJDA* 2016, p. 2499, concl. Jimmy ROBBE.

1009 CAA Bordeaux, 25 juin 2019, n° 17BX02609, *Mme D.*

signature de son compte-rendu¹⁰¹⁰. Il a également été jugé qu'une requérante avait eu connaissance d'une décision administrative à la date de lecture d'un jugement judiciaire, rendu à l'occasion d'un litige auquel elle était partie, qui citait et analysait la décision administrative litigieuse¹⁰¹¹. De manière plus originale, la connaissance de certaines décisions semble pouvoir être établie à la date à laquelle l'administré est simplement confronté à leurs effets concrets¹⁰¹² : ainsi, le versement d'une pension de retraite peut révéler à son bénéficiaire l'existence d'une décision d'admission à faire valoir ses droits à la retraite¹⁰¹³. Il peut être souligné que cette conception plus large de la notion de connaissance, ainsi que le déclenchement d'un délai raisonnable qu'elle entraîne, rapprochent la jurisprudence administrative interne de celle du juge européen en matière de connaissance acquise : en effet, si, à défaut de publicité, le délai de recours de deux mois du recours en annulation du TFUE ne peut être déclenché que par une connaissance exacte du contenu et des motifs de l'acte, il incombe au requérant d'en demander le texte dans un *délai raisonnable* lorsqu'il n'a connaissance que de sa seule existence¹⁰¹⁴.

493. Les modalités selon lesquelles la connaissance de la décision au sens de la jurisprudence *Czabaj* peut être établie ont été précisées par le Conseil d'État afin de tenir compte de la particularité de certains contentieux. Un premier ajustement a été opéré en matière fiscale, dès 2017, à l'occasion de l'extension générale de la jurisprudence *Czabaj* aux recours administratifs préalables obligatoires : le Conseil d'État indique que la réclamation prévue à l'article R. 190-1 du livre des procédures fiscales doit être introduite dans un délai courant « à compter de l'année au cours de laquelle il est établi que le contribuable a eu connaissance de l'existence de l'imposition »¹⁰¹⁵. L'arrêt *Communauté d'agglomération du pays ajaccien* de 2017 est venu adapter les modalités de déclenchement du délai à la spécificité du contentieux des titres exécutoires¹⁰¹⁶. Il précise ainsi que le délai raisonnable dans lequel doit être exercé un recours contre un titre exécutoire commence à courir « à compter de la date à laquelle le titre, ou à défaut, le premier acte procédant de ce titre ou un

1010 CAA Marseille, 2 octobre 2018, n° 17MA01989, *Mme D.*

1011 CAA Lyon, 15 novembre 2018, n° 16LY01631, *Mme D.-B.*

1012 CAA Marseille, 7 décembre 2019, n° 17MA02398, *M. Giacometti.*

1013 CAA Bordeaux, 27 septembre 2018, n° 18BX00270, n° 18BX00271, *Mme A.*

1014 CJCE, 6 juillet 1986, aff. C-236/86, *Dillinger Hüttenwerke AG c/ Commission*, § 14.

1015 CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, *Ministre de l'intérieur c/ Amar*, *RJF* 2017, n° 616, p. 888, concl. Benoît BOHNERT.

1016 CE, 9 mars 2018, n° 401386, *Communauté d'agglomération du pays ajaccien*, *RDP* 2018, p. 521, chron Hélène PAULIAT.

acte de poursuite a été notifié au débiteur ou porté à sa connaissance »¹⁰¹⁷. En 2019, d'autres modalités ont été retenues par le Conseil d'État afin de faciliter la détermination d'un point de départ au délai, dans le cas très spécifique des recours contre les décrets de libération des liens d'allégeance nationale, dont la notification est très compliquée à établir s'agissant de décrets anciens. Le délai commence dès lors à courir « *à compter de la date de publication du décret ou, si elle est plus tardive, de la date de la majorité de l'intéressé* », cette « *admission plus aisée* »¹⁰¹⁸ de la connaissance étant contrebalancée par une augmentation du délai raisonnable à trois ans.

494. L'extension de la jurisprudence *Czabaj* a également exigé des adaptations, plus substantielles, en ce qui concerne la détermination du point de départ du délai, afin de tenir compte de la particularité de certaines configurations contentieuses, plus ou moins éloignées du cadre initial dans lequel le recours est exercé contre une *décision individuelle explicite* par son *destinataire*.

495. Permis de construire. La première concerne la transposition de l'exigence du respect d'un délai raisonnable au cas des recours des tiers contre les autorisations d'urbanisme, effectuée par l'arrêt *Valière* de 2018¹⁰¹⁹. Il résulte en effet des dispositions de l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme que l'absence de la mention du délai de recours sur le panneau d'affichage d'un permis de construire empêche que le délai de forclusion du recours contentieux soit opposé aux tiers, selon une logique tout à fait similaire à celle de l'article R. 421-5 du CJA. Si cette proximité permettait d'envisager l'application du délai de la jurisprudence *Czabaj* aux cas dans lesquelles le délai du CJA n'a pu être déclenché, certaines adaptations s'imposaient, s'agissant de configurations contentieuses triangulaires, dans lesquelles le requérant n'est pas le destinataire d'une décision à qui celle-ci doit être notifiée.

496. L'arrêt *Valière* indique ainsi que « *dans le cas où l'affichage du permis ou de la déclaration (...) n'a pas fait courir le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 600-2, faute de mentionner ce délai conformément à l'article A. 424-17, un recours contentieux doit néanmoins, pour être recevable, être présenté dans un délai raisonnable à compter du*

1017 Par ailleurs, ce délai est conservé par la saisine d'une juridiction judiciaire incompétente, un nouveau délai de deux mois étant décompté à partir de la notification du jugement déclinant la compétence de la juridiction saisie à tort.

1018 Cécile BARROIS DE SARIGNY, « *Les contours de la jurisprudence Czabaj après trois années d'application* », DA 2020, n° 1, ét. 1, § 20.

1019 CE, 9 novembre 2018, n° 409872, *Valière*, Jcp A 2019, 2140, chron. Roland VANDERMEEREN ; RDI 2019, p. 120, note Pierre SOLER-COUTEAUX ; RDP 2018, p. 521, chron. Hélène PAULIAT.

premier jour de la période continue de deux mois d'affichage sur le terrain ». Ce sont donc des exigences d'information « *proches de celles posées par les textes* »¹⁰²⁰ en matière d'urbanisme, en particulier en ce qui concerne la durée de l'affichage, qui permettent de déclencher le délai raisonnable à l'égard des tiers. Comme dans le contentieux des décisions individuelles mal notifiées à leur destinataire, l'absence d'information sur les voies et délais de recours a désormais pour seule conséquence de rendre inopposable le délai de deux mois, mais plus d'exclure tout délai de recours.

497. Cet alignement présente le mérite incontestable de la cohérence, et permet de légitimer quelque peu la jurisprudence *Czabaj* en soulignant que, même lorsqu'il est opposé à un requérant, le principe de sécurité juridique peut bénéficier à un autre administré et pas seulement à l'administration. La soumission des tiers à ce nouveau délai prétorien n'implique toutefois aucun relâchement dans l'application de la règle classique de la connaissance acquise à leur égard : ils demeurent dès lors susceptibles de se voir opposer le délai de deux mois du CJA, notamment dans l'hypothèse de l'exercice d'un recours administratif¹⁰²¹. Comme le remarquait le rapporteur public Cécile Barrois de Sarigny en concluant sur l'arrêt *Valière*, la coexistence de deux délais différents dans des hypothèses reposant « *sur la même idée que le tiers a eu connaissance d'une autorisation d'urbanisme* » peut susciter « *une certaine gêne* ».

498. Décisions implicites. La seconde adaptation substantielle concerne le cas des recours contre des décisions implicites de rejet, auxquels la jurisprudence *Czabaj* a été étendue par l'arrêt *Jounda Nguégoh* de 2019. Comme l'article R. 421-5 du CJA, les dispositions de l'article L. 112-6 du CRPA, prévoient l'inopposabilité des délais de recours contre les décisions implicites nées lorsqu'un accusé de réception n'a pas été délivré à l'auteur d'une demande ou qu'il ne comporte pas les mentions exigées par la réglementation, et notamment une information sur les modalités de naissance d'une décision implicite de rejet ainsi que les voies et délais de recours. Sans doute des considérations de sécurité juridique semblables à celles qui ont inspiré la jurisprudence *Czabaj* pouvaient justifier l'extension de l'exigence que

1020 Cécile BARROIS DE SARIGNY, *id.*

1021 Le Conseil d'État déduisait encore en 2016 cette conséquence de sa jurisprudence classique. V. CE, 15 avril 2016, n° 375132, *Marcon* « *la mention relative au droit de recours, qui doit figurer sur le panneau d'affichage du permis de construire en application de l'article A. 424-17 du code de l'urbanisme, permet aux tiers de préserver leurs droits ; que, toutefois, l'exercice par un tiers d'un recours administratif ou contentieux contre un permis de construire montre qu'il a connaissance de cette décision et a, en conséquence, pour effet de faire courir à son égard le délai de recours contentieux, alors même que la publicité concernant ce permis n'aurait pas satisfait aux exigences prévues par l'article A. 424-17 du code de l'urbanisme* ».

le recours soit introduit dans un délai raisonnable. Cependant, alors que « *l'équilibre de la solution dégagée par la jurisprudence Czabaj repose sur l'assurance que la décision contestée à bien été portée à la connaissance de son destinataire* »¹⁰²², la nature même des décisions implicites ne permettait pas de retenir les conditions de déclenchement du délai de prétorien initialement définies. L'arrêt *Jounda Nguegoh* ne retient logiquement qu'une seule d'entre elles : il indique que « *les règles relatives au délai raisonnable au-delà duquel le destinataire d'une décision ne peut exercer de recours juridictionnel (...) sont également applicables à la contestation d'une décision implicite de rejet née du silence gardé par l'administration sur une demande présentée devant elle, lorsqu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la décision* ». Le Conseil d'État précise que la preuve de la connaissance d'une décision implicite « *ne saurait résulter du seul écoulement du temps depuis la présentation de la demande* », mais qu'« *elle peut en revanche résulter de ce qu'il est établi, soit que l'intéressé a été clairement informé des conditions de naissance d'une décision implicite lors de la présentation de sa demande, soit que la décision a par la suite été expressément mentionnée au cours de ses échanges avec l'administration, notamment à l'occasion d'un recours gracieux dirigé contre cette décision* ». Une « *matérialisation de la décision implicite* »¹⁰²³ est ainsi exigée pour déclencher le délai de recours, celle-ci pouvant résulter de la délivrance d'un accusé de réception suffisamment précis sur le sens du silence gardé par l'administration, ou de la teneur des échanges entre le demandeur et l'administration. En ce sens, l'application de la jurisprudence *Czabaj* aux décisions implicites paraît convenir aux exigences conventionnelles soumettant le déclenchement du délai à la possibilité de connaître *effectivement* l'acte litigieux¹⁰²⁴.

499. À défaut de preuve de la notification ou de la connaissance de la décision, le délai de la décision *Czabaj* ne peut être opposé et la requête ne peut être rejetée pour tardiveté¹⁰²⁵. Les décisions jugeant que le délai prétorien ne peut être opposé, faute de preuve que le requérant a eu connaissance de la décision par un moyen ou par un autre, ne sont pas rares¹⁰²⁶. Leur

1022 Cécile BARROIS DE SARIGNY, concl. sur CE, 18 mars 2019, n° 417270, *Jounda Nguegoh* (consultables sur Ariane).

1023 Cécile BARROIS DE SARIGNY, « Les contours de la jurisprudence *Czabaj* après trois années d'application », *DA* 2020, n° 1, étude 1.

1024 CEDH, 25 janvier 2000, n° 38366/97, *Miragall Escolano et a. c/ Espagne*, § 37 (à propos de l'exercice des voies de recours à l'encontre d'une décision juridictionnelle).

1025 Aurélie BERNARD, « La jurisprudence *Czabaj* ne résout pas tout », *AJDA* 2019, p. 2051.

1026 Par ex., v. : CAA Bordeaux, 27 septembre 2018, n° 18BX00271, *SA Orange* ; CE, 2 mai 2018, n° 391876, *OGEC Notre-Dame de Plestin-les-Grèves* (précité) ; CAA Lyon, 11 octobre 2018, n° 18LY01362, *Mme Bangoura* (à propos d'une décision implicite, antérieurement à l'arrêt *Jounda Nguegoh*) ; CAA Nantes, 29 octobre 2018, n° 17NT02375, *M. [REDACTED]* ; ; CAA Paris, 23 octobre 2018, n° 18PA02668, *M. D.* ; CAA Marseille, 6 mai 2019, n° 18MA01185, *Société Sanicorse c/ communauté d'agglomération du pays*

nombre peut illustrer une certaine volonté de contenir la portée de la jurisprudence *Czabaj*, malgré l'extension de son champ d'application. L'exigence du délai raisonnable qui en découle constitue en effet, selon Cécile Barrois de Sarigny « une garantie ultime de stabilité des situations juridiques » qui « n'a pas par principe vocation à s'appliquer dans un nombre trop large d'hypothèses »¹⁰²⁷.

500. Les nombreuses applications de la jurisprudence *Czabaj* ont néanmoins permis de préciser les modalités du déroulement du délai raisonnable qu'elle a institué.

2 - Le déroulement du délai raisonnable

501. À la différence des délais fixes, qui sont institués par le législateur ou le pouvoir réglementaire et dont la durée traduit un arbitrage préalable et définitif entre différents intérêts, les délais raisonnables sont généralement institués par le juge afin de combler à titre subsidiaire l'absence d'un choix normatif¹⁰²⁸, et leur durée a vocation à s'adapter à un certain nombre de circonstances appréciées de manière concrète. La capacité du juge à modeler le délai raisonnable qu'il instaure est influencée par le degré de la légitimité technique ou institutionnelle dont jouit le pouvoir prétorien au sein de l'ordre juridique. Tandis que le juge de l'Union européenne fait preuve d'une certaine retenue en se refusant à déterminer au préalable une durée fixe du délai raisonnable, l'arrêt *Czabaj* du Conseil d'État illustre un pouvoir normatif plus assumé, dans la lignée de la tradition jurisprudentielle du juge administratif¹⁰²⁹.

502. La préfixion du délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj* laisse entendre qu'il posséderait une rigidité comparable à celle du délai de recours de l'article R. 421-1 du CJA. Il n'est cependant pas dépourvu de souplesse : selon Cécile Barrois de Sarigny, il ne constitue « pas un carcan rigide mais seulement un point de repère, qui ne doit pas se calculer de date à date ». Le juge admet en ce sens que l'échéance de ce délai peut être repoussée selon différentes modalités.

503. Cumul du délai raisonnable et des délais spéciaux de certains RAPO. En premier lieu, en désignant la durée ce délai comme une « règle générale », le Conseil d'État a entendu

ajaccien ; CAA Lyon, 17 octobre 2019, n° 18LY02378, *M. Kebe* ; CAA Marseille, 19 décembre 2019, n° 18MA05367 et n° 18MA05368, *CHRU de Montepellier*.

1027 Cécile BARROIS DE SARIGNY, concl. sur CE, 18 mars 2019, n° 417270, *Jounda Nguegoh* (consultables sur Ariane).

1028 V. en ce sens David RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 307

1029 Hélène PAULIAT, « Czabaj, 5 ans déjà ! », *Jcp A*, 2021, n° 29, 2240.

réserver des cas où, par exception, elle pourrait être plus longue. La décision vise notamment l'hypothèse dans laquelle un texte prévoit un recours administratif devant être exercé dans un délai particulier. Il semble que cette précision a vocation à concerner les seuls recours administratifs préalables obligatoires. En effet, elle fait écho aux conclusions du rapporteur public qui, en envisageant que l'exercice d'un recours administratif *obligatoire* pourrait être subordonné à la condition du délai raisonnable, estimait que ce délai pourrait avoir la même durée qu'en matière de recours juridictionnel, « *sauf lorsque le texte qui institue le recours préalable aura prévu pour l'exercer une durée spéciale qui serait supérieure aux deux mois traditionnels* ». Il ajoutait qu'« *en pareil cas, le délai raisonnable pour exercer le recours préalable obligatoire pourrait prendre la suite du délai spécial* »¹⁰³⁰. Le Conseil d'État a rapidement confirmé cette hypothèse par l'arrêt *Ministre des finances c/ Amar* de 2017, à propos du délai raisonnable dans lequel doivent être formées les réclamations préalables des articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales, qui revêtent le caractère d'un recours administratif préalable obligatoire. Dès lors que ces dispositions prévoient déjà des délais d'un an, le juge administratif a estimé que le recours administratif doit être exercé dans ce délai, lui-même « *prolongé, sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le contribuable, d'un an* »¹⁰³¹. Si cette hypothèse d'addition d'un délai réglementaire d'un an au délai de la jurisprudence *Czabaj* provoque mécaniquement une extension du délai pour agir ouvert au requérant, elle ne remet pas en cause la « *règle générale* » en vertu de laquelle la durée du délai raisonnable est d'un an.

504. Dérogations à la « règle générale ». La jurisprudence a néanmoins confirmé que le délai de la jurisprudence *Czabaj* bénéficiait d'une relative flexibilité, en admettant une dérogation à la règle générale selon laquelle sa durée est d'un an. Les arrêts *Boumrar*, *Megueddem* et *Procureur de la République près le TGI de Marseille*¹⁰³² ont ainsi jugé que le délai raisonnable dans lequel doit être contesté le décret de libération des liens d'allégeance avec la France est, eu égard aux effets de cette décision, de trois ans. Les conclusions du rapporteur public Guillaume Odinet soulignent que cet allongement du délai trouve sa justification dans les particularités des actes en cause. Souvent anciens lorsqu'ils sont contestés, leur notification est généralement complexe à établir. Cependant, en raison de leurs

1030 Olivier HENRARD, *id.* (nous soulignons).

1031 CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, *Ministre de l'intérieur c/ Amar*, RJF 2017, n° 616, p. 888, concl. Benoît BOHNERT.

1032 CE, 29 novembre 2019, n° 411145, *M. Boumrar* ; CE, 29 novembre 2019, n° 426372, *Mme Megueddem* ; CE, 29 novembre 2019, n° 429248, *Procureur de la République de Marseille*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 4, p. 25 ; *AJDA* 2020, p. 406, concl. Guillaume ODINET ; *Jcp A* 2020, n° 12, 2070, chron. Olivier LE BOT.

effets, leur existence n'est généralement pas ignorée des personnes qu'ils visent. Il est par ailleurs fréquent qu'ils aient été adoptés pendant la minorité de leurs destinataires, cet état d'incapacité faisant obstacle à ce qu'ils puissent exercer un recours. Ces différentes circonstances ont amené le juge à retenir une conception large de la connaissance de ces décisions, réputée établie à la date de publication du décret ou, si elle est plus tardive, de la majorité de leur destinataire, contrebalancée par le choix d'un délai plus long permettant de tenir compte « *de la possible séparation des parents à l'âge de la majorité, de la période de service militaire qui peut s'ouvrir à cet âge et des démarches susceptibles d'être nécessaires pour passer de la connaissance à la détention du décret* »¹⁰³³.

505. Circonstances particulières. Parallèlement aux hypothèses dans lesquelles il est dérogé à la « *règle générale* » selon laquelle la durée du délai est d'un an, au nom de spécificités objectives que présentent certains actes, le juge admet que l'existence de « *circonstances particulières* » peut conserver le délai, « *en fonction notamment de l'enjeu du litige, de la complexité de la situation, de la vulnérabilité des parties...* »¹⁰³⁴. Cette réserve paraît directement inspirée de la méthode d'appréciation du délai raisonnable employée par les juges européens. Le rapporteur public envisageait ainsi qu'elle pourrait permettre au juge administratif de « *prendre en compte des circonstances régulièrement relevées par la CEDH telles que la minorité des requérants pendant tout ou partie de la durée du délai* »¹⁰³⁵. Elle évoque particulièrement la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, dont Olivier Henrard reprenait même les termes dans ses conclusions.

506. En dépit de cette apparente proximité, l'emploi de la notion de circonstances particulières dans l'arrêt *Czabaj* ne s'inscrit pas réellement dans l'esprit de la jurisprudence de la CJUE. En effet, selon cette dernière, le délai raisonnable ne peut pas être préfixé. Même dans les hypothèses où le caractère raisonnable du délai peut être apprécié *notamment* au moyen d'un raisonnement analogique, il en résulte qu'il ne peut être présumé que le recours a été introduit dans un délai déraisonnable, et qu'il appartient au juge saisi de prendre en compte les circonstances de l'espèce¹⁰³⁶.

1033 Guillaume ODINET, concl. précitées.

1034 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1633.

1035 Olivier HENRARD, *id.*

1036 Il peut cependant relever qu'aucune circonstance particulière n'est invoquée et que la partie requérante ne démontre pas que le délai dont elle a disposé était insuffisant pour préparer sa requête : v. TPICE, ord., 6 décembre 2002, aff. T-275/02, *D. c/ BEI* § 39.

507. Le juge administratif français suit une approche plus sévère, dans la mesure où il attribue au requérant la charge de renverser une « *présomption de tardiveté au regard d'un délai raisonnable d'action* »¹⁰³⁷, résultant du dépassement de la durée de référence d'un an. Faute pour celui-ci d'y parvenir, la requête doit être rejetée comme tardive. Distincte de la forclusion de l'article R. 421-1 du CJA, l'irrecevabilité de la requête présentée au-delà d'un délai raisonnable constitue tout autant un moyen d'ordre public qu'il appartient au juge de soulever d'office après en avoir informé les parties conformément aux dispositions de l'article R. 611-7 du CJA¹⁰³⁸. Sa communication, qui doit intervenir alors même qu'une fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai de deux mois aurait été soulevée, permet le cas échéant au requérant de se prévaloir de circonstances particulières qu'il n'aurait pas initialement invoquées pour justifier le dépassement du délai d'un an. Le Conseil d'État a cependant jugé qu'une requête introduite au-delà du délai d'un an pouvait, si le requérant n'a pas invoqué l'existence de circonstances particulières, faire l'objet d'un rejet par ordonnance sur le fondement de l'article R. 222-1 du CJA, « *sans que le requérant soit invité à justifier de sa recevabilité* »¹⁰³⁹. Remarquable par sa sévérité, cette solution radicale confirme incontestablement la distinction des conceptions de la notion de délai raisonnable retenues par la jurisprudence européenne, d'une part, et le juge administratif dans le cadre de la jurisprudence *Czabaj* d'autre part.

508. L'observation révèle en outre que le juge administratif ne fait qu'une « *application limitée* »¹⁰⁴⁰ de la notion de circonstances particulières, les enseignements de sa jurisprudence à cet égard étant encore peu nombreux¹⁰⁴¹. Il en ressort notamment que l'accomplissement de démarches pré-contentieuses peut justifier la saisine de la juridiction administrative au-delà du délai d'un an¹⁰⁴², mais le juge porte toujours à leur égard une appréciation concrète au terme de laquelle il peut estimer que le recours contentieux était déraisonnablement tardif¹⁰⁴³. La lecture *a contrario* de certaines décisions de justice peut également permettre de formuler des hypothèses.

1037 Olivier HENRARD, *id.*

1038 CE, 28 mars 2018, n° 410552, *Me Depreux, agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société imprimerie Georges frères c/ M. Monier.*

1039 CE, 10 février 2020, n° 429343, *M. Maillard*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 8, p. 42.

1040 François DORE, « Circonstances particulières au sens de la jurisprudence *Czabaj* », *AJDA* 2019, p. 1497 ; v. également Hélène PAULIAT, « *Czabaj*, 5 ans déjà ! », *Jcp A* 2020, 2240.

1041 Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2021, p. 2143.

1042 CE, 2 mai 2018, n° 391876, *Commune de Plestin-les-Grèves* ; CAA Paris, 19 février 2019, n° 17PA01708, *Mme Roussel.*

1043 V. par ex. CAA Douai, 19 juin 2018, n° 16DA00402, *Groupe hospitalier public du sud de l'Oise.*

509. Il semble ainsi probable qu'une cause objective d'incapacité ou d'impossibilité d'agir puisse être reconnue comme une circonstance particulière justifiant une saisine plus tardive : un arrêt de la cour administrative de Lyon a pu juger que « *les problèmes de santé* » revendiqués par la requête « *ne sauraient constituer de telles circonstances de nature à conserver à son égard le délai de recours contentieux alors qu'elle ne produit aucun élément de nature à établir que sa santé aurait été altérée au point de faire obstacle à une contestation de son licenciement dans un délai raisonnable* »¹⁰⁴⁴, aussi pourrait-il être déduit que le requérant qui parviendrait à établir que son état de santé l'empêchait de saisir le juge pourrait justifier une saisine tardive, par transposition de l'adage *contra valentem agere non currit praescriptio*.

510. De manière semblable, quelques décisions amènent à supposer que le fait de l'administration peut être pris en compte au titre des circonstances particulières. Cette idée inspire déjà les décisions qui jugent que l'exercice de démarches pré-contentieuses – et l'attente de leur dénouement – peut retarder l'échéance du délai raisonnable. Elle apparaît également dans quelques arrêts de cours administratives d'appel qui rejettent les argumentations tirées de certaines circonstances imputables à l'administration sans préciser qu'elles seraient, en tout état de cause, dépourvues d'incidence sur le caractère déraisonnable du délai de saisine¹⁰⁴⁵. La cour administrative d'appel de Nantes a ainsi rejeté un recours dirigé contre une décision de refus de bonification indiciaire, en relevant que « *si le requérant soutient qu'il aurait été contraint de retarder l'introduction de son recours jusqu'à la date de son départ en retraite pour échapper à de possibles représailles de la part de son employeur, il ne produit aucun élément de nature à établir la réalité de cette allégation* »¹⁰⁴⁶. Dans l'affaire *SCI La Chaumière*¹⁰⁴⁷ la cour administrative d'appel de Lyon a, quant à elle, estimé que « *les imperfections de rédaction de la décision en litige n'ont par ailleurs pu induire ses destinataires en erreur sur son objet et sa portée, dès lors qu'il ressort des pièces du dossier que les conditions d'occupation de ces parcelles perduraient de longue date, sans opposition et par accord tacite des parties, la commune de Megève effectuant l'entretien et le déneigement de leur emprise depuis longtemps* »¹⁰⁴⁸. Chacune de ces formules paraît signifier

1044 CAA Lyon, 7 novembre 2019, 17LY02339, *Wentzinger c/ Ministère de l'éducation nationale*.

1045 V. par ex. CAA Nantes, 2 avril 2019, n° 18NT00544, qui relève en ce sens que la circonstance alléguée par la requérante « *ne saurait être regardée comme une circonstance particulière permettant de déroger à la règle sus-évoquée* ».

1046 CAA Nantes, 16 mars 2018, n° 16NT01641, *M. B.*

1047 Sur l'arrêt du Conseil d'État, v. Hélène PAULIAT, « Jusqu'où ira la jurisprudence Czabaj ? », *Jcp A* 2020, 2319.

1048 CAA Lyon, 21 mars 2019, n° 18LY01427, *SCI La Chaumière*.

que le juge serait en mesure de tenir compte de telles circonstances, fussent-elles établies, pour adapter au cas par cas son appréciation du caractère raisonnable du délai dans lequel il a été saisi.

511. Recours administratif facultatif. S'il a prévu que des circonstances particulières ou l'exercice de certains recours administratifs régis par des délais spéciaux pourraient altérer la durée d'un an retenue comme référence, l'arrêt d'assemblée n'a, en revanche, pas pris position sur la question de l'effet d'un recours administratif facultatif sur le cours du délai raisonnable. Cette dernière n'a, au demeurant, pas réellement été abordée par le rapporteur public Olivier Henrard, dont les conclusions évoquaient la problématique proche, mais distincte, du *déclenchement* du délai en cas d'exercice d'un recours administratif, obligatoire ou facultatif, mais pas celle de la *prorogation* du délai postérieurement à son déclenchement.

512. En toute hypothèse, la jurisprudence ne paraît pas considérer l'exercice d'un recours administratif facultatif comme une circonstance particulière de nature à justifier le dépassement du délai d'un an prévu par la décision *Czabaj*.

513. Le tribunal administratif de Cergy a ainsi retenu une interprétation rigoureuse des règles énoncées par la décision d'assemblée, selon laquelle les « *circonstances particulières* » constituent la seule cause d'altération connue par le régime du délai raisonnable. Selon ce postulat, soit un recours gracieux est une circonstance particulière de nature à modifier la durée du délai, soit il n'en est pas une et n'a aucune influence sur son cours. Le tribunal a suivi la seconde option en jugeant que « *si l'exercice d'un recours gracieux proroge en règle générale le délai de recours contentieux, il ne constitue pas en lui-même une circonstance particulière justifiant que le délai raisonnable, pendant lequel le destinataire de la décision peut exercer un recours, excède un an* »¹⁰⁴⁹.

514. Inversement et sans investir le terrain des circonstances particulières, la cour administrative d'appel de Paris a estimé que le principe d'absence de substitution de la décision prise sur recours facultatif à la décision initiale induisait la possibilité de proroger le délai raisonnable par l'exercice d'un tel recours : selon celle-ci, il résulte de la conjugaison des jurisprudences *Czabaj* et *Felouki* que « *dans l'hypothèse où l'intéressé a exercé un recours hiérarchique facultatif qui a pour effet de proroger le délai de recours contentieux*

1049 TA Cergy-Pontoise, 9 mai 2019, n° 1700610, M. D., AJDA 2019, p. 1587, concl. Stéphane CLOT.

mais que ce délai n'est pas opposable en l'absence des conditions requises (...) et que la décision, prise à la suite de ce recours hiérarchique, ne se substitue pas à la décision qui a fait l'objet de ce recours, celui-ci peut exercer un recours contentieux dirigé contre la décision initiale dans un délai raisonnable à compter de la date à laquelle la décision prise par l'autorité hiérarchique lui a été notifiée ou de celle à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »¹⁰⁵⁰.

515. Le Conseil d'État ne paraît pas avoir explicitement tranché la question dans son arrêt *Château Chéri*¹⁰⁵¹, qui se borne à préciser la portée de la décision *Jounda Nguegoh*¹⁰⁵² en indiquant que les règles relatives au délai raisonnable s'appliquent « *également au rejet implicite d'un recours gracieux* ». Dans cette affaire, il a déduit de ces considérations que le destinataire d'une décision régulièrement notifiée, ayant exercé en temps utile un recours gracieux à son encontre sans recevoir un accusé de réception comportant la mention des voies et délais de recours permettant de contester une décision implicite de rejet, pouvait saisir le juge dans le délai raisonnable d'un an, celui-ci étant déclenché soit à la date à laquelle la décision implicite est née, soit à la date à laquelle son destinataire en a eu connaissance. Cette solution confirme ainsi la préconisation du rapporteur public Olivier Henrard, qui avait estimé qu'« *en cas d'exercice d'un recours facultatif ayant eu pour effet de proroger le délai de recours contentieux (...) le point de départ pour les deux décisions sera la date à laquelle la seconde aura été notifiée au requérant, ou la date à laquelle il en aura eu connaissance* »¹⁰⁵³.

516. Prorogation du délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj*. Si la décision *Château Chéri* implique sans doute qu'une réponse explicite à un recours administratif facultatif, qui serait notifiée sans être assortie de la mention des voies et délais de recours, pourrait également être contestée dans le délai raisonnable alors même que le délai de forclusion du CJA aurait été opposable à la décision initiale, elle ne prend pas position sur la possibilité de proroger le délai raisonnable dans l'hypothèse où il aurait été le seul délai opposable à l'égard de la décision initiale.

1050 CAA Paris, 20 juin 2019, n° 18PA00990, *Colin*, *AJDA* 2019, p. 2051.

1051 CE, 12 octobre 2020, n° 429185, *Société Château Chéri*, *Jcp A* 2020, act. 586 ; *AJDA* 2020, p. 1939.

1052 CE, 18 mars 2019, n° 417270, *Jounda Nguegoh*.

1053 Olivier HENRARD, *id.* (nous soulignons).

517. Les conclusions du rapporteur public Marie-Gabrielle Merloz fournissent toutefois des éclairages utiles en faveur de la thèse de la possibilité de proroger le délai raisonnable¹⁰⁵⁴. Elles ont ainsi confirmé le caractère subsidiaire du délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj* et écarté l'argumentation du défendeur selon laquelle il constituerait un plafond systématique à l'exercice du recours, applicable y compris dans le cas où le délai du CJA aurait été déclenché puis prorogé par l'exercice d'un recours administratif, de sorte que le requérant serait tenu de saisir le juge à tout le moins avant l'expiration du délai d'un an. Dès lors, la question de la prorogation éventuelle du délai raisonnable ne peut être envisagée que dans l'hypothèse où il serait le seul délai opposable, deux alternatives pouvant être envisagées : soit ce délai, une fois déclenché, court sans interruption jusqu'à son expiration, soit il est susceptible d'être prorogé.

518. Pour justifier le choix de la première option, le rapporteur public du tribunal administratif de Cergy avait considéré que « *si la prorogation est « matériellement » nécessaire pour permettre la succession des recours administratif et contentieux lorsque le délai de recours contentieux de deux mois s'applique, elle n'est en revanche nullement indispensable pour préserver le droit au recours du requérant qui dispose d'un délai d'un an* »¹⁰⁵⁵. Aussi cohérente qu'elle soit au regard de l'objectif de stabilité poursuivi par le délai prétorien consacré par la décision *Czabaj*, cette lecture présente toutefois, selon Mme Merloz, l'inconvénient de déroger de manière absolue au principe général¹⁰⁵⁶ exprimé par la décision *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, dont la portée ne semble pas se limiter aux délais de recours prévus par des textes¹⁰⁵⁷, et partant de diminuer significativement la garantie constituée par le recours administratif. En outre, et du point de vue de l'application de la jurisprudence *Czabaj*, elle revient à sanctionner par une tardiveté l'administré qui n'entend pas rester passif face à la décision lui faisant grief, mais qui recherche – dans un délai raisonnable – une résolution auprès de l'administration.

519. Bien que Mme Merloz ait limité ses propositions à l'extension de la solution *Jounda Nguegoh* au cas des décisions implicites faisant suite à un recours gracieux, les considérations

1054 Marie-Gabrielle MERLOZ, concl. sur CE, 12 octobre 2020, n° 429185, *Société Château Chéri* (consultables sur Ariane).

1055 Stéphane CLOT, *id.*

1056 CE, sect., 30 juin 1950, *Queralt*, rec. p. 413.

1057 CE, sect., 10 juillet 1964, n° 60408, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu* : « *sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai* » (nous soulignons).

qui fondent son raisonnement devraient permettre de reconnaître formellement que l'exercice d'un recours gracieux peut interrompre le délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj*, lorsqu'il s'agit du seul délai opposable. Une telle solution paraît à tout le moins compatible avec l'esprit de la décision *Département du Val-d'Oise* du 31 mars 2022¹⁰⁵⁸, qui a reconnu que la saisine de la juridiction judiciaire endéans le délai raisonnable d'un an en conservait le bénéfice jusqu'à la décision par laquelle cette juridiction se déclare incompétente, un délai de deux mois s'ouvrant alors pour saisir la juridiction administrative. Il reste encore à la jurisprudence du Conseil d'État d'affirmer que l'exercice d'un recours administratif facultatif dans le délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj* a pour effet d'interrompre ce délai, jusqu'à ce que la réponse explicite ou implicite donnée à ce recours déclenche, à son tour, le délai du CJA ou bien un nouveau délai raisonnable dans les conditions prévues par la décision *Jounda Nguegoh*.

520. Comme en a témoigné cette incertitude relative au régime de son déroulement, le caractère jurisprudentiel du délai raisonnable est la cause d'une imprévisibilité regrettable qui interroge sur sa capacité à satisfaire l'objectif de sécurité juridique qu'il entend poursuivre.

Section 2 - L'application attentatoire à la sécurité juridique d'une condition de recevabilité imprévisible

521. Instituée par le juge sur le fondement du principe de sécurité juridique, la condition de recevabilité des recours tenant au respect d'un délai raisonnable compense l'absence de délai textuel et confère au passage du temps un effet stabilisateur. Si elle tend à préserver les actes juridiques d'une exposition indéfinie au risque d'un recours contentieux, elle ne semble pouvoir accomplir son objectif sans occasionner, elle-même, certains troubles. Le pouvoir jurisprudentiel dont elle procède s'exerce en effet selon des modalités temporelles susceptibles de porter atteinte à la sécurité juridique (§ 1). La jurisprudence *Czabaj*, dont l'effet temporel n'a pas été modulé par le Conseil d'État, a ainsi méconnu l'exigence de prévisibilité qui en découle en privant certains justiciables de leur droit au recours (§ 2).

§ 1 - La création jurisprudentielle, une source potentielle d'insécurité juridique

522. Le juge est investi d'une fonction d'interprète des règles de l'ordre juridique qui lui confère un pouvoir créatif très puissant et susceptible de contribuer substantiellement à la définition du droit positif¹⁰⁵⁹. Il ne peut toutefois énoncer des règles générales et abstraites

1058 CE, 31 mars 2022, n° 453904, *Département du Val-d'Oise*, *Jcp A* 2022, 14, act. 278 Clemmy FRIEDRICH.
1059 Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, p. 877.

selon les mêmes modalités que le législateur ou le pouvoir réglementaire : la création jurisprudentielle ne peut en effet intervenir qu'à l'occasion de la résolution des litiges soumis au juge, ce qui limite sa prévisibilité et sa transparence ; en outre, la négation du caractère normatif de la jurisprudence impose, en principe, qu'elle rétroagit en révélant la signification initiale d'une règle préexistante.

523. Sous l'influence européenne et de la diffusion accrue de l'exigence de sécurité juridique, l'affirmation de la normativité de la jurisprudence a mis en exergue les inconvénients classiques résultant de sa rétroactivité naturelle (A). Afin de les encadrer, le procédé de la modulation des effets de la jurisprudence a émergé (B) et s'est intégré dans les techniques du juge administratif (C).

A - Une insécurité générée par la rétroactivité de la règle jurisprudentielle

524. En dépit de la complexité que présente encore sa justification théorique et politique, il est aujourd'hui bien admis par la doctrine que le juge exerce, à travers la jurisprudence et de manière plus ou moins ostensible, un pouvoir normatif. Traditionnellement, le juge judiciaire dissimule ainsi l'audace de ses créations sous le « *voile de la simple interprétation de la règle écrite* »¹⁰⁶⁰ dont l'autorité est empruntée. Pour sa part, le juge administratif et plus particulièrement le Conseil d'État français se reconnaît de longue date une liberté créatrice très importante, acquise à la faveur des lacunes textuelles du XIX^{ème} siècle et largement conservée à ce jour, malgré le développement des codifications en matière administrative.

525. Si certaines peuvent être comparées aux œuvres d'un législateur¹⁰⁶¹, les règles créées par le juge ne peuvent toutefois l'être selon les mêmes modalités que celles adoptées par le parlement ou le pouvoir réglementaire, étant entendu qu'il est toujours fait défense au juge de rendre des arrêts de règlement. Privé de la compétence permettant de fixer spontanément et pour l'avenir des normes générales et obligatoires, le juge ne peut former la jurisprudence qu'à l'occasion de la résolution des cas qui lui sont présentés, selon un processus spécifique qui induit inévitablement la rétroactivité. D'une part, alors que l'interprétation jurisprudentielle d'une règle préexistante est un processus qui amène le juge à fixer *a posteriori* la signification d'un énoncé ou d'un principe¹⁰⁶², la théorie de l'incorporation implique de regarder toute interprétation nouvelle comme le sens revêtu *ab initio* par l'objet

1060 Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15.

1061 Il suffit d'observer l'origine et le destin des règles du retrait et de l'abrogation des actes administratifs : initialement définies par les arrêts *Dame Cachet* et *Despujol*, elles ont été précisées par la jurisprudence du Conseil d'État (particulièrement les arrêts *Ternon* et *Alitalia*) avant d'être codifiées au sein du CRPA.

interprété. D'autre part et en admettant l'existence d'un pouvoir normatif jurisprudentiel, il a été souligné que « *la technique de création ou de modification de la norme par le juge (...) suppose nécessairement l'application de la norme nouvelle aux données – évidemment antérieures – qui fournissent l'occasion de l'énoncer* »¹⁰⁶³ : il en résulte que « *la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue* »¹⁰⁶⁴.

526. Alors que le principe de non-rétroactivité auquel sont soumis le législateur et le pouvoir réglementaire constitue l'« *une des pierres d'angle de l'État libéral* »¹⁰⁶⁵, la nature rétroactive de la jurisprudence peut être perçue comme une menace pour la sécurité juridique, à plus forte raison lorsque cet instrument est utilisé dans une démarche de création normative. Considérant ce caractère temporel comme un mal nécessaire, la doctrine en a tempéré la gravité. Ainsi, selon Paul Roubier, « *le vice de la rétroactivité des changements de jurisprudence n'est pas, en droit français, aussi grave dans ses effets pratiques qu'on pourrait le craindre. Lorsque la jurisprudence est bien fixée à l'état de droit coutumier, les revirements sont en fait très rares. Lorsque, au contraire, il n'y a pas encore de coutume vraiment établie, et qu'il s'agit de la fixation de nouvelles règles par voie jurisprudentielle, cette création de nouvelles règles suppose des lacunes ou des incertitudes dans l'état actuel du droit ; mais par cela même, la règle de non-rétroactivité n'en est que faiblement affectée, car, dans son sens profond, elle a pour but de garantir la sécurité et la stabilité juridique ; or, par hypothèse, en raison de l'incertitude sur la règle de droit existante, cette sécurité et cette stabilité font défaut* »¹⁰⁶⁶. De même, Jean Rivero remarquait que le juge administratif maîtrisait plusieurs méthodes permettant de « *pallier les inconvénients* » de la rétroactivité de la jurisprudence, parmi lesquelles celle consistant à opérer un revirement ou dégager une nouvelle règle à l'occasion d'un litige dont la solution ne sera pas affectée¹⁰⁶⁷.

527. Il n'en demeure pas moins que la rétroactivité de la jurisprudence peut heurter la conscience juridique dès lors qu'elle est susceptible de soumettre les justiciables à des exigences qu'ils n'étaient pas en mesure de connaître au moment des faits. Des illustrations tirées du droit de la responsabilité médicale démontrent notamment que des praticiens ont pu

1062 Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'Office du juge*, actes du colloque accessibles sur le site du Sénat, p. 28.

1063 Jean RIVERO, p. 16.

1064 *Ibid.*

1065 Jean RIVERO, *ibid.*

1066 Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 1960, rééd. Dalloz 2008, p. 29

1067 Jean RIVERO, *id.*, p. 16.

être condamnés pour la méconnaissance d'exigences d'information¹⁰⁶⁸ ou d'une obligation de résultat¹⁰⁶⁹ elles-mêmes issues de jurisprudences postérieures aux faits¹⁰⁷⁰. De même, en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu admettre la rétroactivité d'une jurisprudence plus sévère en affirmant qu'« *en l'absence de modification de la loi pénale, (...) le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle* »¹⁰⁷¹.

528. La rétroactivité de la jurisprudence a été contestée, sans succès, devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'affaire *Natixis* de 2013¹⁰⁷². Le législateur avait, par l'ordonnance du 21 octobre 1986, institué l'obligation pour certaines entreprises de prévoir un mécanisme de participation et d'intéressement des salariés aux résultats, dont les « *entreprises publiques* » avaient été exonérées. Une innovation dans l'interprétation de cette notion non définie par le texte, opérée en 2000 par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁷³, avait impliqué que des sociétés qui avaient jusqu'alors été regardées comme des entreprises publiques soient tenues de mettre en place un tel mécanisme de manière rétroactive. Devant régulariser la participation de ses salariés pour une période de plus de dix ans pour un montant de 10 millions d'euros, la société Natixis avait recherché la responsabilité de l'État devant le Conseil d'État et, à cette occasion, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité en soutenant que l'interprétation de la chambre sociale avait porté atteinte à la garantie des situations légalement acquises. Le Conseil constitutionnel, en censurant la disposition litigieuse sur le fondement de l'incompétence négative du législateur, a évité de condamner l'imprévisibilité reprochée à la jurisprudence judiciaire. Si la rétroactivité de la jurisprudence n'a donc pas, par elle-même, été jugée contraire aux exigences de la garantie des droits portées par l'article 16 de la DDHC, il n'en demeure pas moins qu'elle présente des risques avérés du point de vue de la prévisibilité du droit et de la stabilité des situations juridiques.

529. Sur le fond, cette insécurité juridique peut apparaître justifiée par le progrès du droit que représente l'évolution de la jurisprudence¹⁰⁷⁴ : la nouvelle règle étant réputée meilleure ou plus adaptée que la précédente, il n'est pas théoriquement illégitime qu'elle soit employée

1068 Cass. Civ. 1, 9 octobre 2001, n° 00-14.564.

1069 Cass. Civ. 1, 11 juin 2009, n° 08-16.914, *RTD Civ.* 2009, p. 495, obs. Pascale DEUMIER.

1070 Cour de cassation, *Le temps*, rapport annuel pour 2014, p. 335.

1071 Cass. Crim., 30 janvier 2002, n° 01-82593.

1072 CC, 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC, *Société Natixis Asset Management* [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], *RFDA* 2013, p. 1255, chron. Agnès ROBLLOT-TROIZIER et Guillaume TUSSEAU ; *RTD Civ.* 2014, p. 71, note Pascale DEUMIER.

1073 Cass. Soc., 6 juin 2000, n° 98-20.304, *Frantour*, *D.* 2000, p. 183.

1074 Jean RIVERO, *id.*, p. 16.

pour résoudre le litige, à plus forte raison lorsque l'insécurité juridique impliquée apparaît d'une proportion acceptable. En matière de procédure, l'application immédiate et rétroactive d'un revirement de jurisprudence peut toutefois présenter des dangers particuliers du point de vue du droit au recours et en particulier de l'accès à un tribunal.

530. La jurisprudence du Conseil d'État témoigne en effet de ce qu'un revirement peut emporter, du fait de sa rétroactivité, l'irrecevabilité d'une requête qui aurait été jugée recevable sous l'empire des règles applicables lorsqu'elle a été introduite. Ainsi, alors que l'arrêt *Commune de Sernhac* de 1918¹⁰⁷⁵ avait considéré qu'une décision faisant suite à une nouvelle instruction ne pouvait être regardée comme une décision confirmative et pouvait dès lors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans le délai ouvert à compter de sa notification, les arrêts *Martin, Piteau et Lhuillier* de 1952 sont revenus sur cette solution en affirmant, à l'inverse, que « la circonstance que la confirmation d'une décision explicite ou implicite par l'autorité compétente interviendrait à la suite d'une nouvelle instruction n'est pas, par elle-même, de nature à ouvrir à nouveau au profit des requérants les délais fixés par les dispositions législatives »¹⁰⁷⁶. Il en résultait que les trois requêtes, dirigées contre des décisions prises sur nouvelle instruction, devaient être rejetées sur le fondement d'une cause d'irrecevabilité qui ne leur aurait pas été appliquée dans l'état du droit antérieur. Une telle hypothèse de rejet sans examen apparaît embarrassante, d'autant que la motivation ne renseigne pas sur le bien-fondé de la requête.

531. Le progrès de l'exigence de sécurité juridique a incité le juge à se montrer plus prudent, comme l'illustre la décision de section *Société Leroy Merlin* de 2006¹⁰⁷⁷ et les conclusions du commissaire du gouvernement Yves Struillou. Saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 31 décembre 2004, le Conseil d'État devait déterminer si le juge du fond avait commis une erreur de droit en ne rejetant pas, pour irrecevabilité, le recours exercé par des tiers contre la décision autorisant la société Leroy Merlin à créer un nouveau magasin. Devant le Conseil d'État, cette société faisait valoir que la règle énoncée par la jurisprudence *Louis* du 2 septembre 2005¹⁰⁷⁸ imposait aux demandeurs d'exercer, à peine d'irrecevabilité du recours contentieux, un RAPO devant la commission nationale d'équipement commercial.

1075 CE, 22 février 1918, *Commune de Sernhac*, rec., p. 190.

1076 CE, 28 mars 1952, *Martin, Piteau et Lhuillier*, S.1952, III, p. 97 note Jean-Marie AUBY ; RDP 1952, p. 487, note Marcel WALINE et concl. Jacques DONNEDIEU DE VABRES ; GACA, n° 35.

1077 CE, sect., 10 mars 2006, n° 278220, *Société Leroy Merlin*, RFDA 2006, p. 550, concl. Yves STRUILLLOU.

1078 CE, 28 septembre 2005, n° 266208, *Louis*, AJDA 2005, p. 103, note Anne-Marie MAZETIER.

532. En admettant que cette jurisprudence devait être rétroactivement appliquée à l'espèce, le Conseil d'État aurait été amené à relever une erreur de droit inévitablement commise par le juge d'appel dès lors que son arrêt précédait la décision *Louis*, imposant l'exercice des RAPO prévus par des dispositions législatives ou réglementaires à toute personne ayant intérêt pour agir, y compris aux tiers non visés par les textes. Cette solution aurait impliqué, d'une part, l'irrecevabilité du recours juridictionnel direct exercé par les requérants et, d'autre part, la tardiveté de tout autre recours qu'ils auraient pu introduire postérieurement afin de contester la décision litigieuse. Le commissaire du gouvernement avait souligné qu'une telle situation aurait posé des « *difficultés majeures* »¹⁰⁷⁹ au regard du droit constitutionnel au recours et du principe général selon lequel toute personne justifiant d'un intérêt a la faculté de présenter un recours pour excès de pouvoir, et avait suggéré à la formation de jugement de moduler l'effet temporel de la transposition de la jurisprudence *Louis* aux instances en cours en matière d'urbanisme commercial. La section du contentieux a opté pour une solution différente : elle a ainsi abandonné la jurisprudence *Louis*, sous réserve du contentieux des décisions des ordres professionnels, en jugeant qu'« *une procédure de recours administratif préalable n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice* ». Il apparaît ainsi que les difficultés suscitées par l'effet rétroactif d'une règle prétorienne de recevabilité ont amené le juge, en l'absence de mécanisme de résolution spécifique, à recourir à une technique de contournement radicale impliquant la réorientation rapide de la jurisprudence relative à l'exercice du RAPO¹⁰⁸⁰.

533. La préservation du droit au recours et la prise en compte accrue de l'exigence de sécurité juridique ont favorisé l'émergence du droit transitoire jurisprudentiel dans les ordres juridiques européens et nationaux.

B - Une insécurité tempérée par la modulation des effets des revirements de jurisprudence

534. Les juridictions européennes souscrivent, comme les juridictions nationales, à la théorie de la rétroactivité de la jurisprudence. Conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Denkavit* de 1980¹⁰⁸¹, le juge de l'Union affirme ainsi avec constance que « *l'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 267, la Cour de justice donne d'une règle du droit de l'Union, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la*

¹⁰⁷⁹ Yves STRUILLOU, *id.*

¹⁰⁸⁰ Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

¹⁰⁸¹ CJCE, 27 mai 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, § 16.

signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur »¹⁰⁸². De même, si la Cour EDH ne l'a pas confirmé par une formule semblable, il est bien établi que ses arrêts interprètent la Convention en révélant le sens qu'elle est réputée avoir revêtu dès son origine¹⁰⁸³.

535. Alors que le rôle occupé par les juges est devenu « *de plus en plus central dans le réseau juridique* »¹⁰⁸⁴ depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle et que le pouvoir normatif prétorien s'est affirmé, les inconvénients liés au caractère naturellement rétroactif de la jurisprudence sont apparus avec plus de clarté. S'inspirant du *prospective overruling* pratiqué de longue date par le juge américain¹⁰⁸⁵, les deux cours européennes ont ainsi développé, dans les années 1970, la technique du revirement prospectif en l'appuyant sur le fondement du principe de sécurité juridique, afin d'exercer un contrôle sur l'effet temporel de leurs décisions.

536. Affaire Defrenne c/ Sabena. Dans l'affaire *Defrenne c/ Sabena* de 1976¹⁰⁸⁶, la Cour avait été invitée à déterminer si les stipulations de l'article 119 du Traité CEE, prévoyant le principe d'égalité de traitement des travailleurs masculins et féminins, étaient revêtues de l'effet direct en droit interne et, le cas échéant, à partir de quelle date les justiciables pouvaient en réclamer l'application devant les juridictions nationales. En l'espèce, Mme Defrenne, qui exerçait la profession d'hôtesse de l'air, avait poursuivi la société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena) devant les juridictions judiciaires belges en soutenant que, de 1963 à 1966, la rémunération qui lui avait été versée était inférieure à celle qu'un commis de bord aurait perçue pour un même travail. En réponse à la question préjudicielle adressée par la Cour du travail de Bruxelles, le juge communautaire a estimé que l'article 119 était susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales et que les États membres étaient tenus d'assurer le principe d'égalité de rémunération des travailleurs féminins et masculins à compter du 1^{er} janvier 1962. Cette interprétation devait impliquer que la requérante ainsi que tous les travailleurs féminins discriminés dans leur rémunération pouvaient revendiquer rétroactivement une revalorisation salariale pour les périodes d'emploi antérieures à 1976.

1082 V. par ex. CJUE, gr. ch., 22 février 2022, aff. C-430/21, RS.

1083 Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de Marckx : pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges offerts à Paul Tavernier*, Bruylant, 2002, p. 1089.

1084 François OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 148.

1085 Horatia MUIR WATT, « Never say never : post-scriptum comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence », in Bertrand SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica 2007, p. 61.

1086 CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ Sté Sabena*.

537. Par des observations écrites, les gouvernements d'Irlande et du Royaume-Uni avaient alors « attiré l'attention » de la Cour sur les « conséquences de caractère économique » qui pouvaient résulter de cette solution, craignant qu'elle « pourrait déclencher, dans de nombreuses branches de la vie économique, des revendications remontant à la date à partir de laquelle cet effet se produit ». À l'inverse, l'avocat général Trabucchi avait estimé que l'incidence financière de la solution que la Cour devait adopter « ne devrait pas atteindre des chiffres trop élevés » compte tenu, d'une part, de l'exigence que l'égalité de rémunération soit appréciée au regard d'un « même travail » et, d'autre part, des effets des règles de prescription pratiquées dans les États membres.

538. Relevant le « nombre élevé des personnes intéressées », la Cour a toutefois jugé que les revendications salariales auxquelles sa décision pourrait donner lieu présentaient un caractère imprévisible et « pourraient avoir des effets graves » sur leur situation financière, « au point d'acculer certaines d'entre elles à la faillite »¹⁰⁸⁷. En outre, elle a considéré que, faute pour la Commission d'avoir introduit des recours en manquement, les États membres avaient pu se méprendre sur les effets de l'article 119 dans leurs ordres juridiques¹⁰⁸⁸. Après avoir souligné que « si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé », la Cour a décidé, en s'inspirant de la technique du maintien des effets des règlements annulés, que ces circonstances justifiaient de limiter l'effet temporel de son interprétation. Elle a ainsi affirmé que « des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant public que privés » empêchaient en principe « de remettre en cause les rémunérations pour les périodes passées ». Dès lors, mais sous réserve du cas des travailleurs ayant introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente, l'effet direct de l'article 119 ne pouvait être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes antérieures à l'arrêt de la Cour.

539. Affaire *Marckx c/ Belgique*. La célèbre affaire *Marckx c/ Belgique* de 1979¹⁰⁸⁹ a confronté à la Cour européenne des droits de l'homme à une problématique similaire, nouée autour de la législation belge en matière de filiation, qui instituait une distinction entre les droits des enfants « légitimes » et « naturels » sur le plan successoral. De l'aveu même de la

¹⁰⁸⁷ *Id.*, § 70.

¹⁰⁸⁸ *Id.*, § 72.

¹⁰⁸⁹ CEDH, plén., 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.

Cour, « *distinguer en ce domaine entre famille "naturelle" et famille "légitime" passait pour licite et normal dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention du 4 novembre 1950* », que la Belgique avait ratifiée en 1955. Or, précise-t-elle, la Convention « *doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »¹⁰⁹⁰, lesquelles révélaient alors une orientation commune vers l'égalité des droits successoraux des enfants « légitimes » et « naturels ». S'appuyant sur une lecture évolutive de la Convention, la Cour a ainsi jugé que le droit belge méconnaissait notamment le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que le principe de non-discrimination respectivement consacrés par ses articles 8 et 14.

540. Le gouvernement belge, qui entendait défendre un projet de loi en faveur de l'égalité des droits successoraux, avait néanmoins exprimé des craintes quant aux effets temporels de l'arrêt de la Cour : en application du principe classique de rétroactivité de l'interprétation, il paraissait susceptible de remettre en cause les successions accomplies en méconnaissance de l'égalité entre les enfants, les actions en contestation se prescrivant en droit belge au terme d'un délai trentenaire. Le gouvernement belge souhaitait donc que la Cour admette que les exigences de la Convention avaient augmenté depuis sa ratification par la Belgique, et précise la date à laquelle ce changement avait eu lieu¹⁰⁹¹.

541. En réponse à ces interrogations, la Cour EDH s'est inscrite dans la ligne de la CJCE en citant la motivation de l'arrêt *Defrenne c/ Sabena* de 1976. Afin d'expliquer la divergence entre la pratique ancienne et l'interprétation nouvelle, l'arrêt fait ainsi état de la lente progression vers l'égalité des enfants et constate que, quelques années auparavant, des recours mettant en cause le droit belge avaient encore été rejetés par la Commission. Eu égard à ces circonstances, la Cour conclut en reconnaissant, pour la première fois, le principe de sécurité juridique, dont elle précise qu'il est « *nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* », et en jugeant qu'il « *dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt* »¹⁰⁹².

542. Dans les deux espèces, la technique du revirement prospectif a ainsi été employée, au nom de la sécurité juridique, lorsque l'interprétation novatrice d'un texte paraissait imprévisible du point de vue des intéressés et fortement perturbatrice de la stabilité des

1090 CEDH, 25 avril 1978, n° 5856/72, *Tyrer*, § 31.

1091 Arrêt *Marckx*, § 58.

1092 La Cour souligne à cette occasion que « *certaines États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue: leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi* » (§ 58).

situations dans le passé¹⁰⁹³. Les modalités temporelles de l'évolution de la jurisprudence sont dès lors inscrites par les juges dans une perspective de recherche d'équilibre entre le progrès du droit caractérisé par la nouvelle interprétation et la sécurité juridique de certains sujets de droit qui, dans les deux cas, avaient pu s'attendre à ce que l'état de la jurisprudence conserve un degré de stabilité. Cette pratique jurisprudentielle déroge ainsi au raisonnement exposé par Jean Rivero¹⁰⁹⁴, d'après lequel « *le juge ne peut, dans un seul et même arrêt, formuler une règle nouvelle, et appliquer, à la solution de l'espèce, la règle antérieure* » : selon cet auteur, le juge ne peut en effet « *simultanément, énoncer une règle qui dévalue, par définition, celle qu'il appliquait jusque-là, et trancher le litige, au nom de la non-rétroactivité, sur la base antérieure : la technique d'édiction de la règle juridictionnelle, qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, le condamne à la rétroactivité : la sécurité juridique se trouve ici nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit* ». Pour autant, les arrêts *Defrenne* et *Marckx* n'impliquent pas de remise en cause générale des méthodes classiques de formation de la jurisprudence, dès lors qu'ils ne condamnent pas le principe de sa mutabilité ni la rétroactivité qui la caractérise naturellement. Postérieurement à l'arrêt *Defrenne*, la CJCE a d'ailleurs précisé dans les arrêts *Denkavit*¹⁰⁹⁵ et *Roquette*¹⁰⁹⁶ que ce n'est qu'« *à titre tout à fait exceptionnel [qu'elle] peut, par application du principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi* ». La CEDH, quant à elle, a réaffirmé la nécessaire adaptabilité de sa jurisprudence en indiquant que le principe de sécurité juridique « *ne consacre pas de droit acquis à une jurisprudence constante* »¹⁰⁹⁷, tandis que « *l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration* »¹⁰⁹⁸.

543. Témoignant de la formation d'un « *droit procédural commun* »¹⁰⁹⁹ et d'une interprétation convergente du principe de sécurité juridique, la pratique des deux juridictions européennes s'est toutefois distinguée dans le temps long. Si la Cour EDH a recouru à la technique du revirement pour l'avenir à une autre occasion dans l'arrêt *Christine Goodwin* de

1093 V. en ce sens, Hervé CASSAGNABERE, « Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps », NCCC 2017, n° 54.

1094 Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15.

1095 CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit italiana*.

1096 CJCE, 29 octobre 1980, aff. 138/79, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes*.

1097 CEDH, 18 décembre 2008, n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 71.

1098 CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c/ France*, § 37.

1099 Denys SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », in *Repenser le droit transitoire*, dir. Guillaume DRAGO, Didier LE PRADO, Bertrand SEILLER et Philippe THERY, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 95.

2002¹¹⁰⁰, elle paraît avoir tenu à relativiser l'apport de l'arrêt *Marckx* sur ce point en précisant dans l'arrêt *Unedic c/ France* de 2008 qu'il s'agissait « *d'un obiter dictum en réponse à l'intérêt qu'avait manifesté le Gouvernement belge à connaître la portée dans le temps de l'arrêt* »¹¹⁰¹. L'observation de sa jurisprudence révèle qu'elle privilégie désormais l'usage de technique de rationalisation des revirements plutôt que du revirement prospectif¹¹⁰², utilisé avec « *discrétion et parcimonie* »¹¹⁰³. À l'inverse, le juge de l'Union européenne a pleinement intégré la modulation des effets de ses décisions dans ses techniques de jugement, et a fréquemment eu recours au revirement prospectif dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation¹¹⁰⁴. Elle a cependant formalisé les critères de sa mise en œuvre¹¹⁰⁵ et précisé qu'elle n'entendait en faire usage « *que dans des circonstances bien précises, notamment lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation de l'Union en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions du droit de l'Union, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission* »¹¹⁰⁶.

544. L'utilisation des techniques de modulation des effets de leurs décisions par les juridictions européennes a suscité l'intérêt et les réflexions de la doctrine et des juridictions nationales, en particulier à partir des années 1990 et 2000¹¹⁰⁷. Dans un contexte d'affirmation du pouvoir prétorien et d'expression de fortes attentes de sécurité juridique à l'égard du

1100 CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*.

1101 CEDH, 18 décembre 2008, n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 73.

1102 En ce sens, Alexandre PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2019, p. 389 et s.

1103 Hélène HARDY, *Le principe de sécurité juridique au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse, Université de Montpellier, 2019, p. 641.

1104 V. par ex. CJCE, 2 février 1988, aff. 24/86, *Blaizot c/ Université de Liège e.a.* ; CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman* ; CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-25/14, *UNICE et Beaudout père et fils*.

1105 V. CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-57/93, *Vroege*, § 21 ; CJUE, 29 septembre 2015, C-276/14, *Gmina Wrocław*, § 45 ; CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-510/16, *Carrefour Hypermarchés SAS*, § 62 : selon la jurisprudence constante de la Cour, « *il est nécessaire que deux critères essentiels soient réunis, à savoir la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves* » causés par la rétroactivité naturelle de l'interprétation.

1106 V. par ex. CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, *Legros*, § 31 ; CJCE, 11 août 1995, aff. C-367/93 à C-377/93, *Roders*, § 43 ; CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, § 53 ; CJCE, 27 avril 2006, aff. C-423/04, *Richards*, § 42 ; CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-242-09, *Albron Catering*, §§ 36-38.

1107 V. par ex. Pierre LE MIRE, « *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes* », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 375 ; Bertrand SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007.

pouvoir normatif sous toutes ses formes, le revirement prospectif est en effet apparu comme une modalité efficace de réduction de l'insécurité reprochée à la jurisprudence.

545. À la demande du premier président de la Cour de cassation, un groupe de travail présidé par le professeur Nicolas Molfessis a ainsi remis, au mois de novembre 2004, un rapport consacré aux revirements de jurisprudence¹¹⁰⁸. Sans remettre en cause le principe de la rétroactivité de la jurisprudence, il préconisait l'utilisation de la technique du revirement prospectif par les plus hautes formations de la juridiction judiciaire, en particulier dans l'hypothèse d'une « *disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité normale du revirement et les inconvénients qu'emporterait cette rétroactivité sur la situation des justiciables* » ou de l'existence d'un « *impérieux motif d'intérêt général* ». Admettant le postulat réaliste du caractère normatif et créateur de la jurisprudence, le rapport a été diversement accueilli¹¹⁰⁹ et a fait l'objet de critiques émanant tant de la doctrine que de membres de la Cour de cassation. Le Président de la chambre sociale, Pierre Sargos, avait notamment dénoncé l'approche économique « *réductrice* » suivie par les auteurs du rapport, occultant que la rétroactivité de la jurisprudence favorise la protection et le développement des droits fondamentaux¹¹¹⁰. En outre, alors que la consécration du pouvoir de moduler les effets de la jurisprudence représentait un pas vers la reconnaissance formelle du pouvoir normatif prétorien et paraissait susceptible d'ébranler l'équilibre institutionnel soumettant le juge au législateur, ses bénéfices sur le plan de la sécurité juridique semblaient relatifs.

546. C'est toutefois sans attendre les conclusions de ce rapport que la deuxième chambre civile a « *franchi le Rubicon* »¹¹¹¹, par un arrêt du 8 juillet 2004 écartant, pour l'instance en cours, une nouvelle règle jurisprudentielle de prescription dont l'application aurait abouti « à

1108 *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Litec, 2005.

1109 V. Soraya AMRANI MEKKI, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – quelques réflexions procédurales », *RTD Civ.* 2005, p. 293 ; Christian ATIAS, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Sur les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 298 ; Jean-Luc AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ! », *RTD Civ.* 2005, p. 300.

1110 Pierre SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Dr. Soc.* 2005, p. 123. Selon ce magistrat, « *la nécessité d'assurer, au bénéfice de la partie la plus faible, la protection de certains de ses droits fondamentaux est de nature à imposer un revirement jurisprudentiel. Et un tel revirement fondé sur un tel impératif démocratique ne peut qu'être à effet immédiat, sauf à contredire la nécessité même du revirement. (...) Dès lors qu'un revirement est fondé sur la nécessité d'assurer la protection d'une liberté fondamentale, il ne peut être que rétroactif car il doit assurer la protection recherchée tant pour le passé que pour le futur. Dans le rapport de proportionnalité entre, d'une part, une liberté aussi fondamentale que celle d'exercer une activité professionnelle et, d'autre part, la sécurité juridique de l'une des parties au contrat, la balance ne peut que pencher en faveur de la liberté* ».

1111 Patrick MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247.

priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹¹². Postérieurement, la chambre sociale a, pour sa part, maintenu la rétroactivité de la jurisprudence sur la compensation financière des clauses de non-concurrence, vivement dénoncée par le rapport *Molfessis*, en jugeant que cette exigence « *répond[ait] à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle* », mais en prenant toutefois la précaution de souligner que son application immédiate ne méconnaissait pas l'article 6 de la Convention EDH. En 2006, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement confirmé ces solutions en modulant les effets d'un revirement relatif à la prescription en matière de présomption d'innocence au motif que « *l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge* »¹¹¹³. De manière significative, ces arrêts témoignent ainsi d'une prise de distance à l'égard de la conception exprimée quelques années plus tôt par d'autres formations de jugement de la Cour, selon laquelle « *l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés* »¹¹¹⁴. Toutefois, le principe de la rétroactivité de la jurisprudence n'a pas été abandonné, la modulation de ses effets présentant pour la Cour un caractère exceptionnel : c'est en ce sens que la première chambre civile a jugé que « *si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste* »¹¹¹⁵.

547. Si l'insécurité juridique induite par la rétroactivité de la jurisprudence a pu – à juste titre – être minimisée par rapport à celle qui découle de l'inflation normative et de l'instabilité législative, la gravité des atteintes à certains droits fondamentaux susceptible d'en résulter paraît légitimer que le juge se soit saisi de cette question dans le cadre d'une réflexion plus

1112 Cass. 2^e Civ., 8 juillet 2004, 01-10.426.

1113 Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493.

1114 Cass. 1^e Civ., 9 octobre 2001, n° 00.14-564.

1115 Cass. 1^e Civ. 6 avril 2016, n° 15-10.552.

vaste sur son office¹¹¹⁶. La jurisprudence judiciaire¹¹¹⁷, dont il ressort depuis 2004 que la modulation des effets de la jurisprudence n'est, en pratique, justifiée que par l'évitement d'une atteinte privative du droit au recours¹¹¹⁸, tend ainsi à confirmer l'utilité de cette technique.

548. Dans le mouvement initié par la Cour de cassation et dans la continuité de l'arrêt *Association AC*, le Conseil d'État a, à son tour, formellement consacré son pouvoir de moduler l'effet temporel des évolutions de sa jurisprudence.

C - La préservation de la sécurité juridique par la modulation des effets de la jurisprudence administrative

549. Le caractère normatif de la jurisprudence administrative est assurément moins discuté que celui de la jurisprudence judiciaire, et constitue une donnée fondatrice du droit administratif que la doctrine n'a jamais entendu nier. Après avoir longtemps composé avec le paramètre de la rétroactivité de la jurisprudence et diminué ses inconvénients par différents procédés¹¹¹⁹, le Conseil d'État s'est converti à la modulation exceptionnelle des revirements dans les années 2000, au terme d'un processus de réflexion sur l'effet de ses décisions¹¹²⁰ et à la faveur de la consécration du principe général de la sécurité juridique¹¹²¹.

550. Affaire *Société Tropic Travaux Signalisation*. Par l'arrêt d'assemblée *Société Tropic Travaux signalisation* du 16 juillet 2007¹¹²², le Conseil d'État a consacré l'existence d'un recours direct en contestation de validité du contrat administratif ouvert aux concurrents évincés d'une procédure de passation, tout en leur fermant la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables qu'ils pouvaient jusqu'alors emprunter en application de la jurisprudence *Martin*¹¹²³.

1116 V. ainsi Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse - Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA* 2004, p. 438.

1117 V. par ex. Cass. com., 13 novembre 2007, n° 05-13.248 ; Cass. Civ., Ch. Com., 26 octobre 2010, 09-68.928.

1118 V. en ce sens Pacale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP* 2016, p. 815.

1119 Olivier GOHIN, « Le contournement de la rétroactivité », in Bertrand SEILLER (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica 2007, p. 97.

1120 CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, rec. p. 197, concl. Christophe DEVYS, *RFDA* 2004, p. 438, étude Jacques-Henri STAHL et Anne COURREGES, p. 454 concl. C. DEVYS, *AJDA* 2004 p. 1183, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, *DA* 2004, ét. 15 Olivier DUBOS et Fabrice MELLERAY.

1121 CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. p. 154, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Yann AGUILA, note Frank MODERNE ; *AJDA* 2006, p. 1028, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

1122 CE, ass. 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation*, rec. T. 360 ; *AJDA* 2007, p. 1577, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. Didier CASAS, p. 917, étude Frank MODERNE, p. 923, note Dominique POUYAUD, p. 935, étude Marguerite CANEDO-PARIS ; *RTD Civ.* 2007, p. 531, obs. Pascale DEUMIER.

1123 Cf. supra, Partie I, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2.

551. Ce grand arrêt, qui amorçait une entreprise de redéfinition profonde de l'architecture du contentieux contractuel, prolongée par les arrêts *Commune de Béziers*¹¹²⁴ et *Département de Tarn-et-Garonne*¹¹²⁵, impliquait déjà, sur le plan du recours des tiers, des évolutions procédurales substantielles se traduisant par leur intégration dans le contentieux de pleine juridiction. La substitution du juge du contrat au juge de l'excès de pouvoir décidée par le Conseil d'État permettait ainsi que le concurrent évincé demande directement la résiliation ou l'annulation du contrat, réclame sa suspension en urgence et, le cas échéant, formule des conclusions indemnitaires. Tenant compte des perturbations qui pouvaient être occasionnées par la modification du cadre procédural des tiers qu'il proposait¹¹²⁶, le commissaire du gouvernement Didier Casas avait dès lors, non sans exprimer certaines réserves, suggéré à la formation de jugement d'aménager l'effet dans le temps de cette création jurisprudentielle : ainsi, tandis que la préservation de la stabilité des relations contractuelles exigeait, selon lui, de limiter l'ouverture de cette voie de droit aux contrats passés postérieurement à la lecture de la décision, l'interdiction des arrêts de règlements et l'obligation faite au juge d'appliquer au litige les règles jurisprudentielles dont il a appelé la formulation imposaient de prévoir une réserve en faveur des instances en cours.

552. Conformément à cette proposition, le Conseil d'État a, pour la première fois, modulé l'effet temporel de la portée jurisprudentielle de sa décision : il affirme ainsi « *qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours* », avant d'admettre, « *eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision* » que le nouveau recours « *ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date* ».

1124 CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 506, concl. Emmanuel GLASER, p. 519, comm. Dominique POUYAUD ; AJDA 2010, p. 142, chron. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI.

1125 CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035, chron. Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI ; RFDA 2014, p. 425, concl. Bertrand DACOSTA, p. 438, note Pierre DELVOLVE ; RDP 2014, p. 1175, note Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAIX ; AJCT 2014, p. 375, note Samuel DYENS.

1126 Il est rappelé que, si le Conseil d'État a souhaité ouvrir le nouveau recours en contestation de validité aux seuls concurrents évincés, le commissaire du gouvernement Casas envisageait de manière plus ambitieuse l'ouverture d'un recours direct devant le juge du contrat au bénéfice de tout tiers justifiant d'un droit lésé (cf. supra, Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

553. Trois enseignements pouvaient être tirés de cette motivation. Premièrement, en soulignant que les règles relatives au nouveau recours en contestation de validité n'avaient pas pour effet de limiter le droit au recours, après avoir rappelé que l'office du juge est d'appliquer les règles jurisprudentielles nouvelles aux instances en cours, le Conseil d'État a implicitement signalé qu'il pourrait être dérogé à ce principe afin de préserver le droit au recours de certaines atteintes. La décision *Tropic Travaux* pouvait ainsi indiquer que le juge administratif entendait faire un usage du revirement prospectif semblable au juge judiciaire. Toutefois, et deuxièmement, le report temporel de la nouvelle règle jurisprudentielle n'a pas été décidé sur le fondement de la préservation du droit au recours mais au nom de « *l'impératif* » de sécurité juridique tenant à ce que la stabilité des contrats soit assurée. Ce faisant, le juge administratif a, d'une part, retenu une cause inédite de modulation des effets de la jurisprudence et, d'autre part, aligné le régime des règles jurisprudentielles relatives aux contrats sur celui de la loi en suivant le principe transitoire classique de la survie de la loi ancienne¹¹²⁷. Enfin, et troisièmement, s'il a jugé que les règles nouvelles jurisprudentielles seraient reportées sous la réserve de certaines instances en cours, le Conseil d'État s'est abstenu de préciser, comme il l'avait fait dans l'arrêt *AC*, si le juge était tenu de prévoir une exception à la modulation ou bien s'il s'agissait d'une faculté. Alors que le commissaire du gouvernement Casas s'était, pour sa part, montré favorable à la première hypothèse, le silence de l'arrêt *Tropic* sur ce point pouvait indiquer que le Conseil d'État entendait privilégier une approche casuistique de cette question.

554. Dans l'élan de la décision du 16 juillet 2007, le Conseil d'État a confirmé le premier de ces trois enseignements en jugeant, comme la Cour de cassation, que la préservation du droit à un recours effectif pouvait imposer au juge de moduler l'effet dans le temps de la jurisprudence nouvelle, dans l'arrêt l'arrêt *Banon c/ Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens dentistes de Paris* du 6 juin 2008¹¹²⁸. En l'espèce, un chirurgien dentiste reprochant à son ordre professionnel de l'avoir poursuivi à tort devant la juridiction disciplinaire ordinale avait formulé, devant le tribunal administratif, des conclusions reconventionnelles en citation abusive. Saisi en cassation, le Conseil d'État avait alors dégagé la règle selon laquelle la seule juridiction compétente pour statuer sur de telles conclusions indemnitaires est celle devant laquelle a été engagée l'action dont il est soutenu qu'elle

1127 En ce sens, v. Pascale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP* 2016, p. 815.

1128 CE, sect., 8 juin 2008, n° 283141, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon*, *RFDA* 2008, p. 689, concl. Jean-Philippe THIELLAY, p. 495 note Bernard PACTEAU.

présente un caractère abusif. Bien que la cour administrative n'ait pu tenir compte de cette règle de compétence encore inédite, son arrêt encourait la cassation pour avoir condamné le conseil de l'ordre à indemniser le préjudice subi par le requérant, à hauteur de 15 centimes d'euro¹¹²⁹. Le Conseil d'État a néanmoins reconnu qu'appliquer rétroactivement cette règle dans l'instance en cours avait pour conséquence de priver le requérant de la possibilité de présenter ses conclusions reconventionnelles aux juridictions administratives de droit commun autant qu'à la juridiction ordinaire, devant laquelle elles étaient devenues irrecevables. Relevant que « *les règles ainsi dégagées, qui ne sont pas édictées par un texte et qui ne résultent d'aucune jurisprudence antérieure, ne pouvaient être opposées à M. Banon sans méconnaître son droit au recours* », il a dès lors évoqué l'affaire en différant leur application et, statuant directement sur les conclusions indemnitaires, a confirmé la solution retenue par la cour.

555. Par la suite, la préservation du droit au recours a été explicitement reconnue comme une cause de modulation des effets de la jurisprudence par l'arrêt *Assistance publique de Marseille* de 2009¹¹³⁰, qui précise par une formule générale qu'« *il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours* »¹¹³¹. D'autres décisions ont illustré que la modulation des effets d'une évolution jurisprudentielle s'imposait au juge afin d'éviter qu'elle ne porte une atteinte grave au droit au recours¹¹³². Le Conseil d'État a ainsi jugé dans l'arrêt *Serval* de 2014¹¹³³ qu'une « *règle de forclusion* » du recours en révision énoncée par sa décision du 16 mai 2012¹¹³⁴, selon laquelle ce délai court à compter de la date à laquelle la partie a connaissance de la cause de révision invoquée, ne pouvait être rétroactivement appliquée au requérant sans « *porter atteinte* » à son droit au recours. Des considérations semblables ont amené le Conseil d'État à moduler l'effet temporel de certaines

1129 Edouard GEFFRAY, Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU, « *De minimis aliquando curat praetor* », AJDA 2008, p. 1316.

1130 CE, 2 septembre 2009, n° 297013, *Assistance publique de Marseille*.

1131 À l'inverse de la décision de 2008, le Conseil d'État en avait déduit que « *la circonstance que ladite règle, qui n'affecte pas le droit au respect d'un bien au sens de l'article 1er du protocole n°1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soit postérieure à l'arrêt de la cour, ne saurait faire obstacle à son application au litige dont le Conseil d'État est saisi, dès lors qu'il n'en résulte aucune atteinte au droit au recours des intéressés* ».

1132 Plus exceptionnellement, la modulation de la jurisprudence a été prononcée pour préserver le droit au respect des biens garantis par l'article 1 du 1^{er} protocole de la CEDH : v. CE, 22 octobre 2014, n° 368904, *Centre hospitalier de Dinan*, AJDA 2014, p. 2095.

1133 CE, 17 décembre 2014, n° 369037, *Serval*.

1134 CE, 16 mai 2012, n° 331346, *Serval*.

règles énoncées par l'arrêt *Société Export Press*¹¹³⁵, admettant pour la première fois la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les rescrits fiscaux ayant, eu égard à leurs effets, le caractère de décisions administratives. Tandis que l'arrêt précise que ce recours juridictionnel doit, à peine d'irrecevabilité, être précédé d'une demande de second examen devant l'administration, le Conseil d'État a estimé que « *l'irrecevabilité qui découlerait de [cette règle] ne peut être opposée pour la première fois à des contribuables dont il est raisonnable de penser qu'ils n'ont pu ne pas appréhender son caractère obligatoire* », ce dont il a déduit qu'elle ne s'appliquerait qu'aux demandes présentées postérieurement à sa décision. Le rapprochement de ces différents arrêts permet d'identifier que, comme dans la jurisprudence judiciaire, l'« *atteinte* » au droit au recours causée par la rétroactivité de la jurisprudence et justifiant la modulation de ses effets se traduirait matériellement par une privation totale du droit d'accès au juge, qui résulterait de l'application rétroactive d'une condition de recevabilité à laquelle le requérant n'a pu se conformer.

556. La confirmation des deuxième et troisième enseignements de la décision *Tropic* peut être illustrée par l'arrêt d'assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* de 2014, par lequel le Conseil d'État a achevé l'entreprise de reconstitution du contentieux contractuel des tiers entreprise sept ans auparavant.

557. Cette décision rappelle en effet que la sécurité juridique tenant à la prévention des « *atteintes excessives* » à la stabilité des relations contractuelles peut justifier la modulation des règles jurisprudentielles nouvelles. Alors que l'ouverture aux tiers d'un recours direct en contestation de validité était susceptible d'engendrer la résiliation ou, dans une moindre mesure, l'annulation de contrats conclus et en cours d'exécution, le Conseil d'État a jugé nécessaire, eu égard à cet impératif de sécurité juridique, de prévoir que ce nouveau recours ne pourrait être exercé qu'à l'encontre des contrats conclus postérieurement à la lecture de sa décision. À l'inverse, l'ouverture d'un recours direct en contestation d'une décision refusant de résilier un contrat administratif¹¹³⁶, impliquant éventuellement qu'il soit mis fin pour l'avenir à un contrat qui se serait maintenu en méconnaissance de la légalité, n'a pas fait

1135 CE, sect., 2 décembre 2016, n° 387613 et a., *Société Export Press*, DA 2017, n° 3, comm. 11, note Pierre-Olivier RIGAUDEAU, n° 5 ét. 8, Anne-Laure GIRARD ; *Jcp A* 2017, n° 22, 2143, note Gweltaz EVEILLARD.

1136 CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, AJDA 2017, p. 1669, chron. Guillaume ODINET et Sophie ROUSSEL ; RFDA 2017, p. 937, concl. Gilles PELLISSIER ; AJCT 2017, p. 455, obs. Sylvain HUL ; AJ Contrat 2017, obs. Jean-David DREYFUS., RTD com. 2017, p. 587, obs. Frédéric LOMBARD.

l'objet d'un aménagement temporel dès lors qu'elle n'apparaissait pas susceptible de porter des atteintes excessives à la stabilité des contrats.

558. L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* souligne également que le Conseil d'État n'a pas entendu lier le juge par une obligation de prévoir, en cas de modulation de la nouvelle jurisprudence, une réserve en faveur de certaines instances. En effet, alors que l'affaire *Tropic* et les actions en cours ayant le même objet devaient être résolues en application des nouvelles règles procédurales énoncées par l'arrêt du 16 juillet 2007¹¹³⁷, l'arrêt de 2014 a précisé que l'ouverture à tous les tiers d'un recours direct contre le contrat « *ne priv[ait] pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision* » et a réglé le litige en persistant sur le terrain de l'excès de pouvoir. Comme l'avaient anticipé les commentateurs du Conseil d'État dans leur chronique de l'arrêt *Tropic*, il apparaît que le choix du juge, en cette matière, est essentiellement guidé par des « *considérations d'équité* » et « *d'opportunité* »¹¹³⁸, susceptibles de varier en fonction de l'incidence de la nouvelle solution sur la situation du requérant. La prise en compte des exigences du droit au recours des tiers semble également constituer un paramètre déterminant, y compris dans l'arrêt *Tarn-et-Garonne* qui l'occulte pourtant dans une certaine mesure. En effet, à l'inverse de l'arrêt *Tropic*, qui définissait un nouveau régime contentieux favorable aux concurrents évincés, l'arrêt de 2014 impliquait un durcissement des standards d'appréciation de l'intérêt à agir dont l'application immédiate aux instances en cours pouvait susciter des difficultés au-delà du cas d'espèce : sans doute ce changement aurait-il été dépourvu d'incidence sur le recours de M. Bonhomme qui, agissant en qualité d' élu local, pouvait bénéficier de la présomption d'intérêt pour agir ; il aurait en revanche vraisemblablement été défavorable à d'autres requérants ayant engagé des instances à l'encontre d'actes détachables, et dont les recours auraient pu être déclarés irrecevables au terme d'une appréciation plus rigoureuse du critère de l'intérêt pour agir.

559. A la lumière des enseignements issus de l'arrêt *Tropic* et de ses développements, les modalités d'application dans le temps de la jurisprudence *Czabaj* peuvent être critiquées pour leur imprévisibilité.

1137 V. par ex. TA Nîmes, 18 septembre 2009, n° 0700470, *AJDA* 2008, p. 2232, comm. Denis CHABERT.

1138 Frédéric LENICA, Julien BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats de modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : “Never say never” », *AJDA* 2007, p. 1577. Ces auteurs, qui concèdent qu'« *il serait injuste, à l'égard du justiciable qui a provoqué, voire sollicité, le revirement, de lui donner raison sur le principe avant de refuser, dans le même mouvement, de lui appliquer la solution nouvelle* », soulignent toutefois que « *ce raisonnement ne vaut qu'autant que la règle nouvelle est favorable à l'intéressé ; dans le cas inverse, l'équité commande au contraire de ne pas la lui appliquer* ».

§ 2 - La jurisprudence Czabaj, une source effective d'imprévisibilité

560. Présenté comme un délai *sui generis*, le délai raisonnable institué par la décision *Czabaj* du Conseil d'État s'analyse comme une règle jurisprudentielle de forclusion subsidiaire au délai réglementaire fixé par le code de justice administrative (A). Son application immédiate à toutes les situations dans lesquelles le délai du CJA était rendu inopposable a provoqué l'irrecevabilité rétroactive de requêtes pendantes. Elle paraît dès lors méconnaître les principes de droit transitoire suivis par la jurisprudence administrative ainsi que le principe de sécurité juridique sur lequel elle prend pourtant appui (B).

A - Un délai de forclusion subsidiaire

561. La jurisprudence administrative comporte de nombreux exemples de la liberté créatrice du Conseil d'État, en comparaison desquels le délai consacré dans la décision *Czabaj* apparaît particulièrement original à plusieurs égards. À la différence des délais de retrait fixés par les arrêts *Dame Cachet* ou *Ternon*, il ne se borne pas à occuper un espace abandonné à la jurisprudence, mais modifie la portée d'une disposition réglementaire bien ancrée dans la culture procédurale. Contrairement à l'obligation d'édicter des mesures transitoires affirmée par l'arrêt *KPMG*, il favorise, au nom du principe de sécurité juridique, la puissance publique au détriment des requérants. Enfin, il se démarque au sein même de l'ensemble des délais raisonnables consacrés par les jurisprudences européenne et nationale, par la fixation objective d'une durée de référence.

562. Sur le plan de la technique juridique, ce délai suscite également des interrogations. S'il est évident qu'il constitue un délai pour agir, sa nature n'est pas renseignée par la motivation de l'arrêt. Les conclusions du rapporteur public Olivier Henrard révèlent qu'il a été envisagé en marge des catégories classiques que sont, d'une part, celle des délais de forclusion et, d'autre part, celle des délais de prescription¹¹³⁹. La qualification de forclusion est « écartée d'emblée » par M. Henrard, auquel il semblait « paradoxal » d'opposer une forclusion « dans une configuration où le délai de recours contentieux n'a jamais été déclenché », et car cela « reviendrait à superposer un second délai de même nature à celui qui est prévu par l'article R. 421-1 du CJA »¹¹⁴⁰. Celle de prescription extinctive est réfutée à l'issue d'une argumentation plus développée, suivant une logique finaliste assumée : la prescription n'étant pas d'ordre public et les règles du droit transitoire ne permettant pas son application aux

1139 Olivier HENRARD, « Le délai raisonnable de recours contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée », *RFDA* 2016, p. 927.

1140 *Id.*

actions engagées antérieurement, ce choix aurait limité la portée de la règle prétorienne et son potentiel de stabilisation des situations juridiques. Sur le plan théorique, l'institution d'une prescription aurait également impliqué l'admission par le juge administratif d'un droit subjectif d'agir en justice¹¹⁴¹, dont l'existence est « *loin d'être unanimement admis[e]* »¹¹⁴².

563. En se bornant à qualifier le délai par l'adjectif « *raisonnable* », qui ne renvoie pas à une catégorie de délai mais seulement aux modalités d'appréciation de sa durée, le Conseil d'État paraît avoir suivi les conclusions du rapporteur public en renonçant aux qualifications classiques. Certains traits du régime tracés par l'arrêt pouvaient toutefois être analysés comme des indices permettant de révéler l'identité du délai. Ainsi, en rejetant la requête de M. Czabaj sur le fondement de la tardiveté, le juge aurait implicitement signalé que le délai n'avait pas le caractère d'une prescription de droit subjectif. Cependant, en appliquant rétroactivement la règle selon laquelle le délai raisonnable court à compter de la date à laquelle il est établi que le destinataire de la décision a eu connaissance de son existence, il aurait entendu l'inscrire hors du régime des délais de forclusion. Il s'agirait dès lors d'un « *délai sui generis* »¹¹⁴³, considéré comme une règle de procédure ordinaire, présentant l'intérêt de n'appartenir à aucune des deux catégories et de ne pas être soumis aux contraintes temporelles de leurs régimes respectifs, ce qui n'apparaît pas pleinement satisfaisant en termes de garanties procédurales données aux justiciables.

564. Sous réserve de la question de l'application temporelle, la qualification de délai raisonnable ne s'opposait toutefois pas à ce qu'il soit rattaché à l'une des catégories exclues par les conclusions du rapporteur public.

1141 V. pour la conception de l'action comme un « *droit subjectif processuel* » : Henri MOTULSKI, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. Philo. Droit*, 1964, p. 215.

1142 Gweltaz EVEILLARD, *id.* ; voir en faveur de la thèse du délai de prescription : Damien CONNIL, « Czabaj, encore et toujours... ou presque », *AJDA* 2018, p. 1790. Sur le rejet du droit subjectif d'agir en justice par la doctrine publiciste classique, v. Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés – Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, pp. 359-360.

1143 Cécile BARROIS DE SARIGNY, « Les contours de la jurisprudence Czabaj après trois années d'application », *DA* 2020, n° 1, étude 1.

565. Certains auteurs¹¹⁴⁴, de même que des membres du Conseil d'État, ont ainsi identifié le délai raisonnable de la décision *Czabaj* comme « *un mécanisme de forclusion* »¹¹⁴⁵. Les différents arguments évoqués par les conclusions de M. Henrard pour rejeter cette qualification paraissent en effet pouvoir être discutés. La circonstance que le délai prétorien pourrait se « *superposer* » au délai du CJA, à supposer qu'il s'agisse d'une configuration inédite, ne représente pas un obstacle théorique insurmontable : dans leur chronique de jurisprudence, Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet envisageaient ainsi le « *délai de recours butoir* » de la jurisprudence *Czabaj* comme une « *forme de forclusion subsidiaire* »¹¹⁴⁶ qui, par définition, ne peut qu'être *alternatif* au délai réglementaire. De même, et dès l'instant où le principe d'un délai raisonnable subsidiaire visant à fixer une limite à la possibilité de saisir le juge est admis, rien ne paraît interdire qu'il ait, comme le délai réglementaire auquel il se substitue, le caractère d'une forclusion.

566. Il a plus rarement été soutenu que le délai de la jurisprudence *Czabaj* s'apparente à une prescription. En ce sens et selon une lecture processualiste de la prescription extinctive¹¹⁴⁷, Damien Connil considère qu'il pourrait être regardé comme un « *délai de prescription de l'action* »¹¹⁴⁸, distinct de la forclusion pouvant être opposée au recours. Il s'agirait alors d'un spécimen de prescription extinctive isolé dans la jurisprudence administrative, laquelle envisage majoritairement cette institution selon la conception substantialiste qui la rattache à un droit subjectif ou à une obligation. En dépit de sa pertinence et de l'intérêt pouvant exister à retenir une distinction entre l'action et le recours¹¹⁴⁹, la thèse selon laquelle le délai raisonnable serait une prescription ne semble pas correspondre à la réalité de la jurisprudence. Elle l'envisage en effet de manière constante comme une condition de recevabilité du recours et comme une règle procédurale d'ordre public, ce qui lui confère de manière évidente les caractères d'une forclusion.

1144 En ce sens, v. notamment : Florian POULET, *id.* ; Gweltaz EVEILLARD, *id.* ; Caroline LANTERO et Yann LIVENAIS, « 2018 : l'année *Czabaj* », *Revue générale du droit*, 2018, 29955 ; Paul CASSIA, obs. n° 38 sur CE, ass. 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2018, p. 806 et s. ; Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, Praxis, n° 333.12.

1145 Benoît BOHNERT, concl. sur CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, *Ministre de l'intérieur c/ Amar*, *RJF* 2017, n° 616, p. 888.

1146 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1629.

1147 Sur ce point, v. Charles FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, thèse dact. Paris I, 2013 p. 110 et s.

1148 Damien CONNIL, « *Czabaj*, encore et toujours... ou presque », *AJDA* 2018, p. 1790.

1149 Charles FROGER, *id.*, p. 121 et s.

567. Plusieurs décisions paraissent d'ailleurs en donner confirmation. La motivation et l'analyse de la décision de chambre réunies *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Veillepeau* du 10 juillet 2020 évoquent ainsi le délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj* comme « la règle de forclusion tenant à ce qu'un recours en annulation contre une décision, dont il est établi que le demandeur a eu connaissance, ne peut être introduit au-delà d'un délai raisonnable en principe d'un an »¹¹⁵⁰. Cette formule n'a pas trouvé d'écho dans d'autres arrêts, ce qui pourrait trahir une certaine hésitation de la part du juge. Elle peut toutefois être rapprochée de l'apport de la décision *Département du Val-d'Oise* du 31 mars 2022¹¹⁵¹ : en jugeant que la saisine d'une juridiction judiciaire incompétente conserve le délai raisonnable pour saisir le juge administratif, elle admet que ce délai puisse être suspendu dans les mêmes conditions que le délai de recours réglementaire, ce qui peut constituer un indice supplémentaire de leur nature commune.

568. Il reste que, tant au regard du régime de la prescription que de la forclusion, les modalités d'application dans le temps du délai raisonnable de la jurisprudence *Czabaj* apparaissent incohérentes et critiquables.

B - Un délai appliqué de manière immédiate

569. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Czabaj*, le rapporteur public Olivier Henrard a invité l'assemblée du contentieux à laisser la règle selon laquelle le recours doit être exercé dans un délai raisonnable déployer ses effets à l'égard de tous les litiges, quelle que soit la date des faits leur ayant donné naissance, conformément au caractère naturellement rétroactif de la jurisprudence. Il a ainsi affirmé que l'application pour le passé de la condition du délai raisonnable ne présentait pas le risque d'une atteinte au droit fondamental au recours qui justifierait, en vertu des principes dégagés par l'arrêt *Tropic*, d'en moduler les effets temporels.

570. Applicabilité temporelle des règles de procédure. À l'appui de cette thèse, M. Henrard a rappelé la distinction opérée, en droit transitoire et dans la jurisprudence du Conseil d'État, entre le régime des règles purement procédurales et de celles qui affectent en réalité la « *garantie* » ou la « *substance* » du droit au recours. S'il est admis de manière extrêmement classique que les lois de procédure ont vocation à s'appliquer immédiatement aux instances en

1150 CE, 10 juillet 2020, n° 430769, *M. Veillepeau*, *AJDA* 2020, p. 1450.

1151 CE, 31 mars 2022, n° 453904, *Département du Val-d'Oise*, *Jcp A* 2022, 14, act. 278 Clemmy FRIEDRICH.

cours¹¹⁵², le juge administratif réserve le cas des règles susceptibles d'affecter la substance du droit au recours en reportant leur applicabilité aux affaires introduites postérieurement à leur entrée en vigueur.

571. Substance du droit au recours. Il ressort de la jurisprudence administrative que la substance du droit au recours¹¹⁵³ renvoie aux éléments qui concernent son existence même et sa capacité à être exercé. Les dispositions dont le juge estime qu'elles affectent la substance de ce droit sont celles dont l'application au litige est donc susceptible de déterminer les conditions d'accès au juge et de remettre en cause la recevabilité du recours. Tel est le cas de celles qui concernent la capacité à agir des associations¹¹⁵⁴, l'intérêt à agir des tiers contre les autorisations d'urbanisme¹¹⁵⁵, mais pas des règles relatives à la présentation formelle des requêtes¹¹⁵⁶ ou à l'office du juge¹¹⁵⁷.

572. Point de départ du délai. De manière particulièrement notable, il est jugé avec constance que les dispositions qui modifient le point de départ d'un délai affectent la substance du droit au recours. C'est en ce sens que l'arrêt de section *Sieur Bacqué* de 1959 indique que « *le droit de former un recours contre une décision d'une juridiction est fixé définitivement au jour où cette décision est rendue* » et que « *les voies selon lesquelles ce droit peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés, sont, à la différence des formes dans lesquelles ce droit doit être introduit et jugé, des éléments constitutifs du droit dont s'agit* »¹¹⁵⁸. Le juge en déduit que, « *en cas de modification des textes, les voies de recours [contre une décision juridictionnelle], ainsi que les délais de leur exercice continuent, à moins qu'une disposition expresse y fasse obstacle, à être régis par les textes en vigueur à la date où la décision susceptible d'être attaquée est intervenue* »¹¹⁵⁹. Il a

1152 Paul ROUBIER, *op. cit.*, pp. 542-543.

1153 La jurisprudence et les rapporteurs publics emploient également l'expression « *d'éléments constitutifs* » du droit au recours (v. par ex. Gaëlle DUMORTIER, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, p. 284).

1154 CE, 11 juillet 2008, n° 313386, *Association des amis des paysages bourganiauds*.

1155 CE, 18 juin 2014, n° 376113, *SCI Mounou et autres*.

1156 CE, 15 novembre 2010, n° 314674, *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Bouches-du-Rhône*.

1157 V. à propos des techniques de régularisation des articles L. 600-5-1 et L. 600-9 du code de l'urbanisme : CE, 18 juin 2014, n° 376760, *Société Batimalo* et CE, sect., 22 décembre 2017, n° 395963, *Commune de Sempy*. À propos des modalités de contestation des permis modificatifs fixées par l'article L. 600-5-2 du code de l'urbanisme : CE, sect., 15 février 2019, n° 401384, *Commune de Cogolin*. À propos des conséquences que le juge saisi d'un recours contre une autorisation d'urbanisme doit tirer de l'illégalité d'un document d'urbanisme constatée par voie d'exception : CE, 17 juin 2020, n° 437590, *M. Allemand*.

1158 CE, sect., 13 novembre 1959, n° 38805 *Secrétaire d'État à la construction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Sieur Bacqué*, rec. p. 593.

1159 CE, 27 mars 2000, n° 196836, *Mme Leroy*, rec. p. 139 ; v. également CE, sect., 8 décembre 1967, *Sieur Boireau* : « *les délais de ce recours sont, à la différence des formes dans lesquelles il doit être instruit et jugé, des éléments constitutifs du droit dont s'agit ; (...) par suite, lors du passage d'une législation à une*

été confirmé¹¹⁶⁰ par le Conseil d'État que, comme l'avait d'ailleurs souligné M. Henrard dans ses conclusions sur l'arrêt *Czabaj*, « *ce principe vaut également pour les recours contre les actes administratifs* »¹¹⁶¹.

573. Droit transitoire des règles jurisprudentielles de procédure. Si les décisions dans lesquelles le pouvoir de modulation des effets de la jurisprudence a été utilisé afin de préserver le droit au recours ne le précisent pas explicitement, leur rapprochement confirme que le juge s'inspire des principes du droit transitoire des lois de procédure.

574. Les arrêts *Banon* de 2008 et *Serval* de 2014 se bornent ainsi à indiquer que l'application d'une règle jurisprudentielle inédite aurait, en l'espèce, pour effet de « *méconnaître* » ou de « *porter atteinte* » au droit au recours des demandeurs. Ils ne précisent toutefois pas dans quelle mesure ou dans quelle dimension, et le seul complément d'information délivré par le juge paraît se trouver dans la motivation de l'arrêt *Assistance publique de Marseille* qui insiste sur le caractère *rétroactif* de l'atteinte au droit au recours justifiant de déroger à l'application d'une règle jurisprudentielle nouvelle à toutes les instances en cours. L'arrêt *Société Export Press* de 2016, quant à lui, n'emploie même pas l'expression de droit au recours pour fonder la modulation d'une règle jurisprudentielle relative à la recevabilité du recours contre les prises de position formelles de l'administration fiscale, qui se voit seulement justifiée par son caractère imprévisible du point de vue des contribuables intéressés.

575. Dans ces trois espèces, les règles jurisprudentielles en cause concernaient bien « *les voies selon lesquelles [le droit au recours] peut être exercé, ainsi que les délais qui sont impartis à cet effet aux intéressés* », et il apparaît que leur application rétroactive aurait porté atteinte à la substance du droit au recours des requérants, selon l'acceptation qu'en retient la jurisprudence administrative : il s'agissait en effet respectivement d'une règle déterminant la possibilité pour le requérant de présenter des conclusions reconventionnelles, d'une règle fixant – dans le passé – le point de départ du délai de forclusion du recours en révision, et de l'obligation d'exercer un recours administratif préalablement à l'introduction d'une requête à l'encontre d'une prise de position formelle.

autre, les délais de recours continuent, à moins qu'une disposition expresse y fasse obstacle, à être régis par les textes en vigueur à la date où est intervenue la décision susceptible d'être attaquée ».

1160 V. CE, 3 février 2022, n° 446411, *M. Radnasingham*.

1161 Olivier HENRARD, *id.*

576. Au demeurant, le refus d'employer le pouvoir de modulation des effets de la jurisprudence à l'occasion de l'arrêt *SMPAT* a pu donner une preuve de ce que le juge détermine effectivement le champ d'application temporel des règles procédurales selon un raisonnement semblable, indépendamment de leur origine prétorienne ou textuelle. Alors que le Conseil d'État a, par deux fois et pour des motifs de sécurité juridique, limité l'ouverture du recours direct en contestation de validité du contrat administratif aux seuls contrats passés postérieurement à ses décisions, il a en effet estimé que les règles définissant le régime du recours tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat étaient d'application immédiate aux contrats en cours, en soulignant qu'elles « *ne port[ai]ent pas atteinte à la substance du droit au recours des tiers* ».

577. Thèse de l'absence d'atteinte à la substance du droit au recours. Selon le rapporteur public Olivier Henrard, la condition selon laquelle le recours devrait être exercé dans un délai raisonnable d'un an à compter de la date à laquelle le destinataire d'une décision a connaissance de son existence n'affectait pas le droit au recours lui-même, mais seulement certaines de ses modalités : dans la mesure où elle devait avoir pour seul effet de limiter l'étendue de la sanction du défaut d'information sur les voies et délais de recours, et où elle permettait encore que le recours soit exercé dans un délai d'un an, il déduisait qu'elle pouvait être appliquée dans les instances en cours. L'assemblée du contentieux a manifestement été convaincue par cette argumentation, et a jugé nécessaire de faire apparaître son raisonnement dans la motivation de la décision : elle affirme ainsi que la règle qu'elle énonce « *a pour seul objet de borner dans le temps les conséquences de la sanction attachée au défaut de mention des voies et délais de recours [et qu'elle] ne porte pas atteinte à la substance du droit au recours* », ce dont il résulte « *qu'il appartient dès lors au juge administratif d'en faire application au litige dont il est saisi, quelle que soit la date des faits qui lui ont donné naissance* ».

578. Atteinte à la substance du droit au recours. Il est permis de souscrire à cette analyse en ce qui concerne les recours visant des actes adoptés postérieurement à l'arrêt *Czabaj* : dans de telles hypothèses, le droit de former un recours n'est pas remis en cause dans sa substance mais simplement encadré par la condition de délai subsidiaire qui limite le degré de sanction d'une irrégularité d'information sur les voies et délais de recours. En revanche, elle se révèle hautement contestable à l'égard des instances en cours et des actes antérieurs à l'arrêt d'assemblée dont la notification irrégulière n'a pas fait courir le délai de forclusion de l'article

R. 421-1 du CJA¹¹⁶². Il apparaît en effet que le déclenchement du cours du délai raisonnable dans le passé, à la date à laquelle le destinataire d'une décision aura manifesté qu'il a connaissance de son existence, a pour conséquence de provoquer rétroactivement la forclusion : dans l'affaire *Czabaj*, la décision de concession de pension ayant été notifiée à l'intéressé le 26 septembre 1991, le délai raisonnable de recours qui lui était imparti devait être regardé comme ayant expiré le 27 septembre 1992, soit environ vingt-quatre ans avant que le Conseil d'État ait consacré l'existence de cette condition de recevabilité. L'application dans le temps de cette nouvelle condition de recevabilité semble dès lors véritablement avoir pris par surprise les administrés qui avaient été destinataires de décisions irrégulièrement notifiées, et porté atteinte à la substance de *leur* droit au recours.

579. Considérations finalistes. La décision *Czabaj* traduit ainsi une « *acception particulièrement étroite* »¹¹⁶³ de la substance du droit au recours, sinon une « *exception injustifiée* »¹¹⁶⁴ aux principes du droit transitoire jurisprudentiel du Conseil d'État, dont des membres ont regretté¹¹⁶⁵, avec la doctrine¹¹⁶⁶, qu'il n'ait pas fait usage de son pouvoir de modulation. De toute évidence, le juge a « *minoré volontairement la portée de la nouvelle règle de recevabilité posée* »¹¹⁶⁷, dans une démarche finaliste, afin de faciliter son application et de maximiser son efficacité : en effet, « *à défaut d'application immédiate, une somme potentiellement importante de contentieux aurait pu échapper au délai raisonnable au vu du reliquat de litiges antérieurs* »¹¹⁶⁸. C'est, au demeurant, ce dont convient Gilles Pellissier dans ses conclusions sur l'arrêt *SMPAT*, selon lequel le choix du Conseil d'État « *était tributaire de la portée de la règle nouvelle, de sa finalité et de [la] volonté [du juge] d'éviter des effets d'aubaine* »¹¹⁶⁹. Il faut toutefois souligner qu'une telle condition de délai butoir, le cas échéant d'une durée « raisonnable », si elle avait été instituée par voie réglementaire afin d'amender l'article R. 421-5 du CJA, n'aurait pu, en principe, être opposée aux requérants dans les

1162 En ce sens, v. Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2021, p. 2143.

1163 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649.

1164 Jimmy ROBBE, « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives », *RFDA* 2016, 913.

1165 Vincent DAUMAS, concl. sur CE, 9 mai 2018, n° 405355, *Communauté de communes du pays roussillonnais*, *Jcp A* 2018, n° 2153.

1166 Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019, p. 669 ; Sébastien HOURSON, « Les revirements d'application immédiate », *RFDA* 2019, p. 805.

1167 Olga MAMOUDY, *id.*

1168 Sébastien HOURSON, *id.*

1169 Gilles PELLISSIER, « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux », *RFDA* 2017, p. 937.

instances en cours ni appliquée aux situations passées mais seulement aux recours visant les décisions adoptées postérieurement à son entrée en vigueur.

580. Transgression délibérée des principes de droit transitoire jurisprudentiel. Il apparaît dès lors nettement que les modalités d'application dans le temps de la jurisprudence *Czabaj* définies par le Conseil d'État s'écartent délibérément des principes de droit transitoire qui composent sa propre jurisprudence, dans le dessein de renforcer autant que possible la stabilité des actes de l'administration. Ce choix implique nécessairement que le Conseil d'État a estimé, à l'issue d'un calcul utilitariste, que le renforcement de la sécurité contentieuse de l'administration justifiait une atteinte à la sécurité juridique tenant, pour les administrés, à la prévisibilité du droit ainsi que le sacrifice de leur droit au recours. Une telle conception semble périlleuse et pourrait s'avérer contraire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1 de son premier protocole¹¹⁷⁰.

581. Affaire *Legrand c/ France*. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà jugé, dans l'arrêt *Legrand c/ France* de 2011¹¹⁷¹, que l'application rétroactive et immédiate d'un revirement de jurisprudence à une procédure en cours ne portait pas, par elle-même, une atteinte au droit à un procès équitable.

582. Circonstances et procédure interne. Dans cette affaire, les époux Legrand avaient recherché la responsabilité d'un chirurgien esthétique dont l'intervention avait entraîné une grave infection nosocomiale. Le tribunal correctionnel avait relaxé le médecin, par un jugement de décembre 2000 devenu définitif à la suite du désistement des époux Legrand en appel. En 2002, ces derniers engagèrent alors une action civile, qui vit la Cour d'appel de Rouen condamner le chirurgien à des dommages et intérêts en leur faveur, par un arrêt du 28 juin 2006. Saisie d'un pourvoi formé par le médecin, la Cour de cassation censura l'arrêt d'appel par une décision du 25 octobre 2007, en relevant une violation de l'obligation de concentration des moyens consacrée par l'Assemblée plénière au mois de juillet 2006. L'arrêt d'appel avait ainsi été cassé pour n'avoir pas appliqué une jurisprudence résultant d'un revirement opéré une dizaine de jours plus tard, et qui devait conduire à rejeter la demande indemnitaire des époux Legrand, les privant de toute perspective de réparation juridictionnelle.

1170 Victor HAÏM, *id.*

1171 CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c/ France*.

583. Analyse de la Cour. Pour conclure que l'application de cette jurisprudence ne méconnaissait pas les droits garantis par la convention EDH, la Cour a notamment rappelé que les requérants ne pouvaient se prévaloir d'un droit acquis ou d'une créance exigible sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1, dès lors que l'arrêt de la cour d'appel n'était pas devenu irrévocable. De manière plus précise, elle a souligné que l'arrêt de la Cour de cassation n'avait pas « *eu pour effet de priver, même rétroactivement, les requérants de leur droit d'accès à un tribunal* » ni « *remis en cause leur saisine initiale du juge pénal, retenant uniquement qu'ils auraient dû soumettre à celui-ci l'ensemble des moyens tendant à l'indemnisation de leurs préjudices* »¹¹⁷². Il se déduit de cette solution que la Cour admet l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence, y compris s'il est au détriment des demandeurs, dès lors que leur droit d'accès à un tribunal n'est pas remis en cause.

584. Contestation de la jurisprudence *Czabaj*. La compatibilité de la jurisprudence *Czabaj* aux exigences conventionnelles apparaît beaucoup plus incertaine, dès lors qu'elle porte une atteinte directe au droit d'accès au juge pour les requérants dont le recours a rétroactivement été frappé de forclusion à la date de la décision du Conseil d'État. La Cour, qui a été saisie de plusieurs requêtes fondées sur l'article 6 § 1 et l'article 1 du 1^{er} protocole, devra dès lors déterminer si les modalités d'application de cette jurisprudence s'analysent comme une privation du droit d'accès à un tribunal ou comme la remise en cause d'une espérance légitime et, le cas échéant, d'en mesurer la proportionnalité à l'objectif de sécurité juridique poursuivi¹¹⁷³.

585. En tout état de cause, le Conseil d'État paraît avoir renoué avec les principes protecteurs de la sécurité juridique et du droit au recours qui fondent son pouvoir de modulation temporelle des effets de la jurisprudence, comme en a témoigné une affaire relative au déclenchement du délai du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des commentaires administratifs prescrivant une interprétation du droit fiscal. Alors qu'il considérait traditionnellement que la publication des instructions fiscales au bulletin officiel de la direction générale des impôts n'était pas « *de nature à faire courir le délai de recours contentieux* »¹¹⁷⁴, le Conseil d'État a abandonné cette jurisprudence par sa décision de section

1172 § 41.

1173 Hélène PAULIAT, « Czabaj, 5 ans déjà ! », *Jcp A*, 2021, n° 29, 2240.

1174 CE, sect., 4 mai 1990, n° 55124 et 55137, *Association freudienne et autres* ; v. également CE, plén. fisc., 29 juillet 1983, n° 31761, *M. X*.

Société Hasbro European Trading BV du 13 mars 2020¹¹⁷⁵, en jugeant que la publication au bulletin officiel de la direction générale des finances publiques (BOFiP-impôts) et la mise en ligne de commentaires fiscaux ont pour effet de déclencher ce délai, selon des modalités distinctes en fonction de date de la publication sur internet des commentaires.

586. Déclenchement du délai de recours à l'encontre des commentaires fiscaux. En application de dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ainsi que du code des relations entre le public et l'administration, le juge administratif a considéré que, entre le 10 septembre 2012 et le 31 décembre 2018, la mise en ligne « *sur un site internet accessible depuis l'adresse www.impots.gouv.fr* » d'un commentaire « *inséré au BOFiP-impôts* » devait être regardée comme « *l'acte de publication prévu par les dispositions de (...) la loi du 17 juillet 1978 puis, à compter du 1^{er} janvier 2016, par celles de l'article L. 312-2 du code des relations entre le public et l'administration* ». En associant cette interprétation textuelle à la jurisprudence *Mauline*¹¹⁷⁶, le juge a conclu que « *le délai réglementaire dont un contribuable dispose pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tout commentaire par lequel l'autorité compétente prescrit l'interprétation de la loi fiscale, lorsque celui-ci a été inséré au BOFiP-impôts et mis en ligne sur un site internet accessible depuis l'adresse www.impots.gouv.fr entre le 10 septembre 2012 et le 31 décembre 2018, commence à courir au jour de cette mise en ligne* ». En ce qui concerne les commentaires mis en ligne à compter du 1^{er} janvier 2019, il a été jugé que la seule publication d'un commentaire administratif sur le site « *bofip.impots.gouv.fr* » constituait « *l'acte de publication prévu à l'article L. 312-2 [du CRPA]* », déclenchant de la même manière le délai de recours.

587. Report d'une règle prétorienne de forclusion. Si la « *règle de forclusion* » énoncée par le Conseil d'État paraît semblable quelle que soit la date de mise en ligne des commentaires, elle ne pouvait s'y appliquer de la même manière sans heurter le droit au recours. Il est vrai qu'à l'égard des commentaires publiés à partir du 1^{er} janvier 2019, la règle dégagée « *se borne à tirer les conséquences de dispositions légales et réglementaires antérieures* », sans revenir sur leur interprétation jurisprudentielle. Le juge en déduit qu'aucun

1175 CE, sect., 13 mars 2020, n° 435634, *Société Hasbro European Trading BV*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 21, p. 33, act. Bertrand SEILLER ; *DA* 2020, n° 8-9, comm. 35 Gweltaz EVEILLARD.

1176 Selon laquelle « *la publication d'une décision administrative dans un recueil autre que le Journal officiel fait courir le délai du recours contentieux à l'égard de tous les tiers si l'obligation de publier cette décision dans ce recueil résulte d'un texte législatif ou réglementaire lui-même publié au Journal officiel de la République française* ».

obstacle ne s'oppose à son application à tout litige visant ces commentaires. En revanche, il n'en va pas de même pour ceux qui ont été publiés avant le 31 décembre 2018, à l'égard desquels le juge reconnaît expressément qu'elle « *revient sur une jurisprudence constante et, dans cette mesure, est de nature à porter atteinte au droit au recours* ». Ainsi, afin d'éviter que le délai de forclusion soit rétroactivement déclenché à une date très antérieure à l'arrêt et que les contribuables intéressés soient privés de la possibilité de contester par voie d'action des commentaires leur faisant grief, le Conseil d'État prévoit que l'irrecevabilité ne pourra être opposée avant l'expiration d'un délai de deux mois suivant la lecture de sa décision.

588. Cette modulation des effets d'une évolution jurisprudentielle, opérée dans l'objectif de préserver le droit au recours d'une atteinte portée à sa substance même¹¹⁷⁷, s'inscrit donc dans la lignée des arrêts *Banon*, *Serval* et *Société Export Press*. Les précautions rédactionnelles du Conseil d'État, qui justifie le report de la nouvelle règle jurisprudentielle de procédure en soulignant que l'abandon une jurisprudence constante est de nature à porter une atteinte rétroactive au droit au recours, pourraient toutefois signifier son intention de réduire la portée de cette décision et de diminuer la discontinuité causée par les modalités d'application temporelle de la jurisprudence *Czabaj* : il pourrait ainsi être soutenu que cette dernière, dans la mesure où elle ne revenait pas sur une jurisprudence antérieure, n'induisait pas une atteinte au droit au recours justifiant l'usage du pouvoir de modulation. Un tel raisonnement ne peut qu'être écarté. En premier lieu, il ressort de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État que l'usage du pouvoir de modulation afin de prémunir le droit au recours d'une atteinte portée par une évolution jurisprudentielle n'est pas limité aux hypothèses de revirement : l'arrêt *Banon* a bien jugé que l'application rétroactive des règles relatives à la présentation des conclusions pour citation abusive, qui n'étaient « *pas édictées par un texte et qui ne résultaient d'aucune jurisprudence antérieure* », pouvait méconnaître le droit au recours du demandeur. En second lieu, si la jurisprudence *Czabaj* énonce une règle inédite de délai raisonnable de recours, il est évident qu'elle revient sur la jurisprudence antérieure qui interprétait l'article R. 421-5 du CJA comme un mécanisme écartant l'opposabilité de tout délai de forclusion : cette création, qui implique une « *réécriture* »¹¹⁷⁸ des règles de délai mises en œuvre jusqu'alors en application des textes et des principes jurisprudentiels, présente les caractères d'un revirement. Enfin, et en tout état de cause, il apparaît que la notion de

1177 En ce sens, v. les conclusions de Karin CIAVALDINI.

1178 Delphine COSTA, « Cartographie des concepts juridiques liés au temps », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 9.

revirement demeure incertaine et qu'elle est insuffisamment opérante pour former le critère décisif du recours à la modulation dans l'intérêt du droit au recours.

Conclusion du Chapitre 2

589. La possibilité qu'un acte soit contesté à toute époque le rend instable et peut être la cause d'une insécurité juridique dont le degré varie en fonction de certains paramètres, parmi lesquels la portée générale ou individuelle de l'acte, la durée pendant laquelle il s'est appliqué, la confiance placée par les intéressés dans son maintien, mais également les modalités de sa disparition.

590. Si l'exposition perpétuelle des actes généraux à un contrôle de légalité incident est justifiée par leur permanence et la mutabilité du contenu des règles supérieures, le risque que des actes particuliers, éventuellement créateurs de droits, soient remis en cause et annulés rétroactivement sans condition de délai peut légitimement inquiéter. En ce qui les concerne, l'exigence de stabilité des situations juridiques implique en effet, d'une part, que l'autorité normative détermine un délai afin d'encadrer la possibilité qu'ils fassent l'objet d'un recours par voie d'action et, d'autre part, que la recevabilité de l'exception d'illégalité soit limitée dans le temps.

591. Ces considérations ont amené le juge européen et le juge administratif français à consacrer, dans des hypothèses d'absence ou d'inopposabilité des délais contentieux, une condition tenant au respect d'un délai raisonnable prétorien. Le principe de sécurité juridique, invoqué par la jurisprudence européenne et administrative, constitue un fondement pertinent pour cette exigence procédurale qui vise à fixer un terme à la vulnérabilité contentieuse des actes juridiques et qui, comme toute règle de délai, concrétise un certain équilibre entre la stabilité des situations et le droit au recours. De même, le respect d'un délai raisonnable, qui s'est d'abord affirmé comme une contrainte pesant sur l'autorité publique, se présente comme une règle de conduite susceptible d'être appliquée au particulier justiciable. Certes, il ne peut être nié que l'indétermination et la subjectivité qui lui sont inhérentes ne donnent qu'une satisfaction imparfaite de l'exigence de prévisibilité. Pour autant, il est également certain que l'existence d'une règle de délai satisfait mieux la sécurité juridique que son absence, à la fois source d'imprévisibilité et d'instabilité¹¹⁷⁹.

592. L'admission du bien fondé de la règle sur les plans théorique et de la technique ne suffit cependant pas à résoudre la question de la légitimité du juge pour instaurer une telle

1179 François OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 133.

condition d'accès à son prétoire. Alors qu'il était confronté à de véritables vides juridiques, le juge européen paraît effectivement n'avoir eu d'autre choix que de faire usage d'un pouvoir créateur, en s'appuyant sur l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union. La situation du juge administratif français ne peut y être pleinement assimilée, dès lors que l'absence de délai opposable au recours pour excès de pouvoir ne résultait pas d'une lacune des textes mais bien d'un dispositif réglementaire de sanction de la méconnaissance de l'obligation faite à l'administration d'indiquer aux intéressés les voies et délais de recours. Il peut être entendu que l'inopposabilité de tout délai contentieux résultant de la lecture de l'article R. 421-5 faite par la jurisprudence s'est révélée comme une source d'insécurité disproportionnée au regard de la nécessité de préserver le droit au recours, à laquelle un délai butoir aurait efficacement répondu. Cet argument peut toutefois sembler insuffisant pour justifier l'adoption soudaine d'une solution aussi constructive et, à supposer que le juge ait lancé un « *appel au texte* »¹¹⁸⁰, il est troublant qu'il l'ait fait par le biais d'un « *arrêt de règlement* »¹¹⁸¹.

593. À ces réserves s'ajoutent des critiques, tenant particulièrement aux modalités selon lesquelles la Cour de justice et le Conseil d'État ont organisé l'effet temporel de ces solutions. L'une et l'autre ont ainsi fait application des nouvelles règles aux instances en cours et aux situations passées, provoquant rétroactivement la forclusion du délai raisonnable de recours. Le refus d'employer leur pouvoir de moduler les effets de ces évolutions jurisprudentielles s'explique sans difficulté par la volonté des juges de garantir l'efficacité des nouvelles règles afin de renforcer autant que possible la stabilité des décisions de la puissance publique, au prix d'une atteinte grave à la substance du droit fondamental au recours. Cette solution, qui n'apparaît pas conforme à la jurisprudence du Conseil d'État, est d'autant plus contestable que le procédé jurisprudentiel a privé les justiciables administrés des garanties temporelles qui leur auraient été conférées par la modification réglementaire des dispositions du CJA, que la modulation aurait préservées.

594. En fixant rétroactivement une règle de délai raisonnable, les juges européen et administratif ont tous les deux consenti à sacrifier l'exigence de prévisibilité et le droit au recours au bénéfice de la stabilité des actes de la puissance publique. Le conflit entre les

1180 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1629.

1181 François JULIEN-LAFERRIERE, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, p. 1769 ; Gweltaz EVEILLARD, « Le délai pour agir devant le juge administratif », *DA* 2016, n° 12, comm. 63.

dimensions concurrentes de la sécurité juridique¹¹⁸² semble ainsi avoir été résolu par l'appréciation d'un rapport de proportionnalité entre l'atteinte portée à la sécurité des requérants et le gain obtenu sur le plan de la sécurité institutionnelle. Peut-être l'insécurité juridique occasionnée par l'application rétroactive du délai raisonnable, qui est quantifiable dans la mesure où elle s'applique à un nombre déterminé de justiciables, apparaissait-elle inférieure à celle qui résultait de la vulnérabilité indéfinie des actes juridiques. Plus sûrement, il est probable que les juges aient considéré que l'insécurité causée par leurs décisions aurait un caractère éphémère et s'éteindrait avec la résignation des requérants lésés, tandis que la règle du délai raisonnable persisterait et continuerait à assurer, pour l'avenir, la stabilité des situations d'une manière prévisible.

1182 Jérémie VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance – Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2014.

Conclusion du Titre 2

595. Le temps est l'instrument naturel de la pesée entre la nécessité de veiller au respect du principe de légalité et l'exigence de stabilité juridique. Au travers du délai pour agir est ainsi déterminée une période pendant laquelle il est admis que les actes juridiques soient contestés devant le juge et, si leur illégalité devait être constatée, remis en cause comme s'ils n'étaient jamais intervenus¹¹⁸³. À son expiration, l'écoulement du temps emporte par fiction une tolérance de l'illégalité faisant obstacle à ce que l'annulation soit demandée au juge et permettant le maintien des situations dont l'irrégularité paraît avoir été tolérée par les tiers.

596. La satisfaction des exigences de stabilité et de prévisibilité qui découlent de la sécurité juridique implique que la définition des termes de cet équilibre temporel soit accomplie par les autorités normatives, par la fixation préalable et objective des délais pour agir et des modalités de leur déroulement. La vaste marge de manœuvre dont elles disposent leur permet d'instituer des délais relativement brefs de nature à sécuriser rapidement les situations juridiques, ainsi que de prévoir des délais spéciaux en fonction de leur appréciation des nécessités de certains domaines juridiques. Plus exceptionnellement est-il choisi d'exclure l'institution d'un délai de prescription ou de forclusion, mais des tempéraments à l'effet stabilisateur du passage du temps peuvent être justifiés par certaines considérations. La nécessité que la conformité des actes généraux aux exigences évolutives de l'ordre juridique puisse encore être vérifiée se traduit ainsi par la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité à leur encontre, et par la possibilité d'en demander l'abrogation en tout temps¹¹⁸⁴. De même, l'effectivité du droit au recours requiert non seulement que le déclenchement du délai soit subordonné à l'accomplissement de mesures de publicité mais également que les voies et délais de recours contre certaines décisions soient portés à la connaissance de leurs destinataires ou de certains tiers, à peine d'inopposabilité.

597. Il incombe au juge de veiller à la mise en œuvre de cet équilibre, eu égard au caractère d'ordre public de la forclusion du délai de recours. Il en assure également le bon fonctionnement, comme en témoigne la théorie de la connaissance acquise : en permettant le déclenchement du délai lorsque le requérant démontre – malgré lui – qu'il est suffisamment informé de l'existence de l'acte et des modalités de sa contestation, elle s'inscrit en cohérence

1183 CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec. p. 1065, S. 1925, III, p. 49, note Maurice HAURIOU.

1184 David RENDERS, Benoît GORS, « Considérations sur l'abrogation de l'acte réglementaire », in *Le temps et le droit : hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruylant, 2013, p. 501.

avec le principe selon lequel l'exercice du recours est limité dans le temps de même qu'avec les dispositions qui conditionnent le déclenchement du délai à la délivrance d'informations nécessaires à l'exercice du droit au recours.

598. La position du juge lui confère, en outre, la maîtrise de certains paramètres de l'équilibre temporel entre légalité et stabilité, notamment en ce qui concerne le régime de l'exception d'illégalité. Ce mécanisme de contrôle des actes généraux devenus définitifs demeure en effet un moyen de légalité qui s'inscrit dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision différente. Les textes, lorsqu'ils existent, n'empêchent pas le juge d'apprécier sa recevabilité et son caractère opérant en recherchant lui-même une conciliation entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique.

599. Si la définition législative ou réglementaires d'un délai est la condition incontournable de la formation d'un équilibre entre les exigences de la légalité et celles de la stabilité, il n'est malheureusement pas exclu que des lacunes textuelles ou bien des vices de conception entraînent l'absence, dans des situations où il serait pourtant nécessaire qu'un mécanisme temporel permette la sécurisation des situations juridiques. Dans de telles hypothèses, le juge a estimé qu'il lui revenait de faire usage de son pouvoir créateur pour pallier le manque, en instituant par voie jurisprudentielle des règles de délai raisonnable. Faute de mieux, cette technique paraît effectivement répondre à l'exigence de stabilité des situations. Elle ne va pas toutefois sans certaines contradictions, dès lors que l'effet temporel de la règle la rend imprévisible du point de vue des requérants qui n'ont pas pu en anticiper l'application et adapter leur comportement.

600. La jurisprudence *Czabaj* suscite, en outre, des interrogations particulières dans la mesure où elle ne se borne pas à combler un vide mais procède à un ajustement de la portée de l'article R. 421-5 du CJA, auquel le pouvoir réglementaire et le législateur semblent acquiescer silencieusement. Il est notamment permis de se demander si la règle de délai qu'elle consacre aura vocation à être codifiée. Si tel est le cas, il n'est pas certain que la technique du délai raisonnable puisse être employée par l'autorité normative, qui pourrait cependant sans grande difficulté instituer un délai butoir d'un an en prévoyant une réserve tenant à l'invocation de circonstances particulières. Une telle orientation des textes pourrait s'avérer souhaitable dans l'intérêt de la prévisibilité et de la clarté du droit. Toutefois, alors qu'un délai butoir institué par voie réglementaire ne commencerait à courir qu'après son

entrée en vigueur, les modalités de son articulation avec un délai jurisprudentiel déjà rendu opposable de manière rétroactive peuvent susciter certaines difficultés.

601. En toute hypothèse et malgré les doutes qui peuvent être émis à l'égard de sa conformité au droit européen à un recours effectif, le délai raisonnable d'un an consacré par l'arrêt d'assemblée *Czabaj* s'inscrit désormais durablement au rang des règles de recevabilité des recours. Son existence et ses développements confirment indéniablement l'importance croissante du paramètre temporel dans les conditions de l'accès au juge, et traduisent nettement le renforcement de la valeur de la stabilité dans le contentieux de la légalité.

Conclusion de la Partie I

602. La garantie juridictionnelle du principe de légalité repose sur l'exercice du droit au recours. Les différentes règles procédurales qui gouvernent l'accès au juge révèlent dès lors que ce principe, si important qu'il soit pour la garantie de l'État de droit et le contrôle de l'arbitraire administratif, n'est pas absolu. Il n'échappe pas à la confrontation avec d'autres exigences de l'ordre juridique, que les autorités normatives et le juge doivent mettre en balance afin de réaliser une conciliation optimale. Comme en conviennent les juridictions européennes, la bonne administration de la justice, la continuité du service public ou la sécurité juridique, déclinée sous les traits des exigences de prévisibilité, de stabilité ou de l'objectif de lutte contre les abus peuvent ainsi fonder des limitations du droit au recours, qui s'incarnent dans les conditions de recevabilité du recours contentieux.

603. Certaines visent à assurer que le justiciable présente un degré de légitimité suffisant pour saisir le juge, établi par la démonstration d'un lien particulier entre sa situation individuelle et les effets de la décision qu'il entend contester. Succédant à l'invocation d'un droit lésé lors du « moment 1900 », la condition de l'intérêt à agir a marqué l'affirmation du recours pour excès de pouvoir comme un contentieux de la légalité objective. En multipliant les configurations dans lesquelles un intérêt individuel à l'annulation d'un acte pouvait se conjuguer à l'intérêt général tenant au respect de la légalité, le libéralisme du juge a ajouté au recours pour excès de pouvoir, conçu comme un instrument de défense des intérêts – et *a fortiori* des droits – des administrés, une fonction de contrôle juridique de l'administration, ouvert sous la limite de l'action populaire ou dans le seul intérêt de la légalité. Ces considérations, qui permettaient de regarder l'intérêt à agir comme une condition procédurale principalement destinée à garantir le bon fonctionnement de la justice administrative et la continuité du service public tout en favorisant l'ouverture du prétoire, semblent encore correspondre à l'esprit général de la jurisprudence administrative contemporaine.

604. La condition de l'intérêt à agir est cependant affectée par un mouvement sectoriel de resserrement qui découle directement de la volonté du législateur et du Conseil d'État de mieux garantir la stabilité de certaines situations face au risque représenté par les recours des tiers, qui s'illustre dans le contentieux des autorisations d'urbanisme et des contrats administratifs. Ces mutations témoignent de ce que l'intérêt à agir est aujourd'hui pleinement envisagé comme l'un des leviers de la conciliation du droit au recours des tiers et de la

stabilité des décisions administratives. Si l'affirmation de cette fonction ne va pas à l'encontre de la nature de l'intérêt à agir, qui est par essence un mécanisme de régulation de l'accès au juge, elle traduit une relecture des finalités des recours ou, à tout le moins, une réflexion sur sur l'adéquation de la conception objective du contentieux de la légalité au besoin de sécurité juridique que le législateur et le Conseil d'État perçoivent.

605. A la différence de la condition d'intérêt à agir, axée sur le requérant et naturellement empreinte d'un degré de subjectivité, la condition tenant au respect d'un délai pour agir est un élément purement objectif dont la vocation première est précisément de concilier le droit d'accès au juge et la stabilité des situations juridiques. Les règles relatives aux délais de recours contre les décisions de la puissance publique sont accessibles, définies de longue date et évoluent peu : tandis qu'elles incarnent un équilibre juridique socialement accepté, leur stabilité garantit la sécurité juridique de manière satisfaisante. Il est toutefois aisé de constater une attention plus forte à la la stabilité des situations juridiques, manifestée par la réduction de certains délais ou par l'institution de nouveaux délais parfois très brefs. De manière plus frappante, le renforcement de l'exigence de stabilité des situations se traduit par la réduction des configurations de contentieux de la légalité échappant au cours du temps. Tel est le cas de l'exception d'illégalité des actes réglementaires, désormais inscrite dans une perspective de contrôle *dynamique* de la légalité interne et de la compétence de l'auteur de l'acte. L'illustration la plus saisissante de cette tendance est sans aucune hésitation la jurisprudence *Czabaj*, qui manifeste une prévalence certaine, quoique discutable, donnée par le juge à « *la stabilité des situations juridiques et [à] la bonne administration de la justice* » sur la prévisibilité du droit et l'exercice du droit au recours.

606. Ces différentes évolutions des règles de recevabilité du recours, accomplies par le Conseil d'État lui-même ou sous son influence, s'orientent ainsi nettement vers une restriction de l'accès au juge dans l'intérêt de la stabilité des situations juridiques. Plus discrètement, elles semblent contribuer à une forme de moralisation du contentieux de la légalité, impliquant que son usage soit accompli conformément à certaines finalités acceptées par le juge et selon des modalités qu'il définit plus précisément. Cette tendance, qui signale une attention moins prioritaire à la légalité objective, dévoile une approche plus subjective qui irrigue également les mutations de l'office du juge.

Partie II - La stabilité des situations juridiques comme finalité des évolutions de l'office du juge

607. Le principe de légalité exige positivement que les actes juridiques adoptés par la puissance publique soient conformes aux règles supérieures auxquelles elle est soumise dans le cadre de l'État de droit. Sa méconnaissance doit donc se traduire par une action permettant de garantir le respect de la hiérarchie des normes et de faire cesser les atteintes portées à l'ordre juridique et aux citoyens par un acte illégal¹¹⁸⁵. Il n'est pas exclu que l'autorité publique compétente, saisie d'un recours en ce sens, constate elle-même l'illégalité d'un acte avant de le modifier dans le sens de la légalité ou de le supprimer. L'attribution d'une fonction de contrôle à une autorité juridictionnelle présente toutefois des garanties essentielles d'impartialité et d'unité du droit, qui contribuent à la sécurité juridique autant qu'à l'effectivité du principe de légalité¹¹⁸⁶. Elle nécessite l'ouverture de voies de droit et l'organisation de mécanismes procéduraux dédiés à la préservation de la légalité, qui impliquent eux-mêmes l'existence d'un juge spécialisé doté d'un office propre.

608. Celui-ci est traditionnellement envisagé de manière limitative. Tandis que l'office du juge peut être appréhendé au prisme d'un *objet* ou d'une *finalité*, comme en témoignent les expressions de *juge du contrat* ou de *juge de l'exécution*, celui du juge de la légalité est plus souvent résumé par l'évocation d'un pouvoir qui serait l'unique qu'il détient. Il est ainsi un *juge de l'annulation*, en mesure de rétablir négativement la légalité mais auquel le principe de séparation des pouvoirs interdit traditionnellement de réformer l'acte pour en rendre le contenu conforme aux règles méconnues par son auteur.

609. S'il demeure plus limité que celui du juge de pleine juridiction, l'office du juge de la légalité ne se réduit toutefois pas à une sanction qui constituerait le seul horizon de son intervention. Des techniques classiques et des pouvoirs issus de textes contemporains composent ainsi une dimension négative de son pouvoir, dont la richesse et la subtilité révèlent l'attention du juge à l'exigence de stabilité des situations. Il lui est ainsi possible de privilégier l'évitement de la sanction afin de ne pas prononcer des annulations perçues comme inutiles et comme un rétablissement purement formel de la légalité, tandis que d'autres

1185 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le principe de légalité », *AJDA* 1996, p. 161.

1186 Jean RIVERO, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mel. Waline*, p. 701.

mécanismes pourraient résoudre une fois pour toutes la situation litigieuse qui lui a été présentée (**Titre 1**).

610. Par ailleurs, et en dépit de la simplicité mécanique qui semble la gouverner, la sanction de l'illégalité est elle-même le résultat d'un réglage complexe dont le juge est l'artisan. Le choix d'une certaine sanction, la détermination de ses effets sur l'acte litigieux et dans l'ordonnancement juridique contribuent ainsi à la définition d'un certain équilibre entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique, dont le juge entend assurer la pleine maîtrise à travers les évolutions de son propre office (**Titre 2**).

Titre 1 - La stabilité des situations et l'évitement de la sanction

611. S'il est peu surprenant que la stabilité puisse être obtenue au moyen de l'évitement de la sanction de l'illégalité, notamment à la faveur de l'expiration du délai, il peut sembler paradoxal que de tels procédés soient employés par le juge lui-même. La satisfaction de son office implique de manière plus intuitive qu'il censure les irrégularités qu'il est amené à constater. Des considérations de bonne administration de la justice et d'efficacité de l'action administrative justifient pourtant une conception plus nuancée de la fonction du juge de la légalité. Un acte illégal peut en effet servir, tant bien que mal, l'intérêt général et constituer le support de situations formées de bonne foi par des tiers. Une approche radicale de la nullité des actes juridiques présente ainsi des inconvénients que Gaston Jèze avait soulignés : « *sur la base d'un acte juridique irrégulier, des situations juridiques ont pu être édifiées, dans lesquelles des tiers, absolument étrangers à l'irrégularité, sont intéressés* » ; « *déclarer l'acte nul, inefficace juridiquement pour toute irrégularité, c'est jeter à bas ces situations juridiques, c'est apporter un trouble très grave dans les relations commerciales ou civiles ; c'est gêner le crédit* »¹¹⁸⁷.

612. Conscient de cette donnée, le juge retient une conception subtile de la théorie de la sanction des irrégularités et distingue de longue date, d'une part, la notion d'illégalité et, d'autre part, celles d'irrégularité ou de vice¹¹⁸⁸, lesquelles paraissent interchangeable. Alors que l'irrégularité ou le vice entachant un acte constitue un défaut juridique résultant de la méconnaissance d'une règle supérieure, l'illégalité est un état de l'acte entaché par certains vices ou irrégularités et qui justifie qu'il soit sanctionné. Dès lors, si toute illégalité découle de l'existence d'un vice ou d'une irrégularité, tout vice ou irrégularité n'est pas d'une gravité telle ou ne présente pas un caractère suffisamment significatif pour emporter l'illégalité de l'acte qui en est affecté. A travers cette distinction et les opérations de qualification juridique qu'elle implique, le juge peut éviter de prononcer une sanction qui serait d'une sévérité excessive au regard du vice affectant l'acte et des intérêts qu'il cristallise. Il est ainsi naturellement amené, dans le cadre de son office, à définir un équilibre entre les exigences de la légalité et celles de la stabilité.

1187 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e ed., 1925, t. 1, réed. Dalloz, 2005, p. 71.

1188 Alexis FRANK, « Le justiciable et les politiques jurisprudentielles - Les irrégularités neutralisées », *RFDA* 2019, p. 785.

613. De manière pragmatique, le juge a également renoncé à une approche mécanique de son office qui aurait impliqué de sanctionner systématiquement toute illégalité constatée. Alors même qu'elles pourraient justifier en droit le prononcé d'une annulation, certaines illégalités ne font en réalité pas obstacle à ce qu'un acte de même contenu soit adopté par son auteur, s'il l'estime opportun. L'existence d'une telle possibilité de refaire l'acte sans méconnaître l'autorité de chose jugée a confronté le juge à la problématique de l'utilité de ses décisions et de l'opportunité de l'instabilité qu'elles peuvent engendrer. Les réflexions menées sur le sens de son office dans de telles hypothèses ont permis le développement, par voie jurisprudentielle ou législative, de différentes techniques de sauvegarde des actes illégaux. Leur essor au cours de la période contemporaine a particulièrement contribué à l'affirmation d'une dimension protectrice de la stabilité des situations juridiques dans l'office du juge administratif, autant qu'à la relativisation du principe de légalité : si le maniement de ces techniques permet de vider le litige définitivement, il est désormais incontestable que « *toutes les illégalités commises par l'administration ne se valent pas devant le juge de l'excès de pouvoir* »¹¹⁸⁹.

614. Par un usage négatif et subtil de son pouvoir de sanction, le juge peut ainsi veiller à la stabilité des situations juridiques dans le cadre de son office, à travers des procédés de sauvegarde de l'acte illégal (**Chapitre 1**) ou de tolérance des vices qui l'affectent (**Chapitre 2**).

1189 Olga MAMOUDY, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

Chapitre 1 - L'évitement de la sanction par la sauvegarde de l'acte illégal

615. Quel qu'en soit le motif, l'illégalité d'un acte l'expose normalement au risque d'une sanction, dont l'intensité varie selon certains paramètres. Devant les juridictions administratives ou celles de l'Union européenne ainsi que certaines juridictions constitutionnelles européennes, celle-ci prend normalement la forme d'une annulation rétroactive. Particulièrement efficace pour le rétablissement de la légalité, une telle sanction donne satisfaction au requérant qui obtient l'anéantissement de l'acte qui portait atteinte à ses droits ou lésait ses intérêts. La censure de l'acte contraire aux normes supérieures contribue, en outre, à la satisfaction du principe de sécurité juridique, qui implique une prévisibilité du droit et dont les sujets de droit peuvent déduire qu'un acte illégal sera amené à disparaître¹¹⁹⁰.

616. Par la remise en l'état qu'elle appelle à l'issue d'une période au cours de laquelle l'acte s'est appliqué, l'annulation génère naturellement une instabilité qui peut, notamment du point de vue du défendeur ou du juge, sembler disproportionnée lorsque l'auteur de l'acte censuré a la faculté de reprendre une mesure identique ou d'en compléter le dispositif afin de le rendre conforme aux normes supérieures. Tenant compte de ce paramètre, le juge consent à certains « *accommodements avec la légalité* » justifiés par le « *souci de stabilité des situations juridiques* »¹¹⁹¹. La sauvegarde de l'acte illégal¹¹⁹², qui doit être entendue comme l'opération consistant à sauver en cours d'instance un acte d'une annulation effectivement encourue, voire d'une annulation déjà prononcée, peut en effet être privilégiée par le juge à une censure dont il estime qu'elle pourrait s'avérer platonique ou néfaste. Le juge administratif dispose à cette fin d'une vaste palette de techniques.

617. La jurisprudence elle-même a consacré plusieurs mécanismes, désormais classiques, permettant au juge de sauver l'acte illégal lorsque son dispositif n'est pas affecté, dévoilant une conception pragmatique ou utilitariste de son office (**Section 1**). Lorsque la sauvegarde de l'acte ne peut être envisagée qu'au prix d'une altération de son dispositif ou d'une correction procédurale, plusieurs mécanismes jurisprudentiels ou législatifs permettent désormais au juge

1190 Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, pp. 138-139.

1191 Anne-Charlène BEZZINA, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA* 2014, p. 735.

1192 Jean-Marc PEYRICAL, « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution de motifs », *AJDA* 1996, p. 22.

de donner à l'auteur de l'acte une possibilité de le régulariser afin d'« éviter la radicalité des effets de l'annulation et [d']assurer par suite la sécurité juridique »¹¹⁹³ (**Section 2**).

Section 1 - La sauvegarde de l'acte par le juge lui-même

618. Les présentations classiques du contentieux administratif de l'excès de pouvoir soulignent généralement le caractère quantitativement limité des prérogatives du juge. Aucoc écrit ainsi que « la juridiction administrative (...) n'a qu'une chose à vérifier : l'administrateur est-il resté dans la limite de ses pouvoirs ? S'il y est resté, elle laisse subsister l'acte ; s'il en est sorti, elle l'annule. Elle fait tomber la décision entachée d'excès de pouvoir ; elle ne la remplace pas par une autre »¹¹⁹⁴. Dans le même sens, Laferrière affirme que « la décision ne peut que rejeter le recours ou prononcer l'annulation de l'acte attaqué [mais] ne peut ni réformer cet acte, ni ordonner aucune des mesures qui pourraient être la conséquence de l'annulation »¹¹⁹⁵.

619. L'office contemporain du juge de la légalité ne se résume plus à cette alternative entre le rejet des recours infondés et l'annulation des actes entachés d'illégalité¹¹⁹⁶. Il recouvre une variété de procédés ou de techniques qui lui permettent, au nom de considérations pragmatiques, d'épargner un acte illégal soumis à son contrôle, voire d'intervenir pour le rendre conforme à la légalité (§ 1). Leur mise en œuvre obéit à des conditions plus ou moins rigoureuses qui garantissent, dans une certaine mesure, le respect du pouvoir discrétionnaire de l'administration, la protection du requérant et l'équilibre du procès (§ 2).

§ 1 - L'existence au sein de l'office du juge de techniques de sauvegarde des actes

620. À partir du XX^{ème} siècle, parallèlement à un mouvement d'approfondissement du contrôle opéré sur les motifs des actes administratifs, le juge administratif a développé un certain nombre de procédés lui permettant d'éviter d'en prononcer l'annulation, en neutralisant ou en corrigeant des erreurs commises par leur auteur au moment de leur

1193 Pascale GONOD, « La régularisation de l'acte administratif par le juge administratif », in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, p. 220.

1194 Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1869, p. 391.

1195 Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e ed., p. 568.

1196 En ce sens, v. Laetitia JANICOT, « Réflexions sur une nouvelle voie entre l'annulation sèche et l'annulation différée : la définition de règles provisoires par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2021, p. 41.

adoption¹¹⁹⁷, afin de faire l'économie d'une censure juridictionnelle apparaissant, de son point de vue, comme inutile.

621. Ces « techniques »¹¹⁹⁸ peuvent être qualifiées de *pouvoirs du juge* en ce que leur mise en œuvre résulte de sa volonté, et implique qu'il accomplisse délibérément certaines actions positives ou qu'il suive une méthode d'analyse prédéfinie. En cela, elles se distinguent d'autres procédés de raisonnement pur¹¹⁹⁹ ou d'interprétation¹²⁰⁰ qui conduisent également le juge à prononcer le rejet. Ces « techniques de rejet »¹²⁰¹ sont bien identifiées depuis que le juge administratif a, dans les années 2000, entrepris une politique jurisprudentielle de théorisation (A), qui a souligné le développement d'une conception utilitaire de l'office du juge de la légalité qui prévaut dans la jurisprudence contemporaine (B).

A - L'identification des techniques de sauvegarde relevant de l'office du juge administratif

622. Par différentes techniques, le juge peut réduire l'influence ou procéder à la correction fictive¹²⁰² d'erreurs de droit entachant des actes déferés à son contrôle, résidant dans le fondement ou les motifs de droit ou de fait retenus par l'autorité normative. Il peut ainsi procéder à la neutralisation d'illégalités, ou bien au remplacement d'une base légale erronée ou de motifs illégaux par des éléments légaux équivalents.

623. Neutralisation des motifs illégaux. Lorsqu'une décision est fondée sur une pluralité de motifs, le juge peut procéder à la neutralisation de ses seuls motifs illégaux afin de la maintenir, « *s'il apparaît que l'administration aurait pris la même décision, en ne se fondant que sur le seul motif légal ou les seuls motifs légaux* »¹²⁰³. Cette solution, consacrée par la décision d'assemblée *Dame Perrot* de 1968¹²⁰⁴, a marqué une distanciation à l'égard de la

1197 Jean-Marc PEYRICAL, « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation : étude sur la neutralisation et la substitution de motifs », *AJDA* 1996, p. 22.

1198 Pascale GONOD, « La régularisation de l'acte administratif par le juge administratif », in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, p. 221.

1199 CE, 8 juin 1934, *Augier*, rec. p. 660, *D.* 1934, III, p. 31, concl. Pierre JOSSE ; CE, 4 juillet 1958, *Graff*, *RDP* 1959, p. 315, concl. Marceau LONG ; cette conception est également présente dans la jurisprudence européenne : sur ce point, v. Dominique RITLÉNG, « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », in Laurent COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, p. 209.

1200 V. sur la question de l'interprétation dans le sens de la légalité : Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 318.

1201 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 1005.

1202 Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000, pp. 417-427.

1203 René CHAPUS, *id.*, p. 1009.

1204 CE, ass., 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, *AJDA* 1968, p. 179, concl. Jean KAHN ; la même solution est pratiquée par le Conseil d'État belge : v. CE (Belgique), 7 avril 1992, n° 39182, *Degandt*.

jurisprudence antérieure¹²⁰⁵ qui reposait, notamment en matière de contrôle des sanctions administratives, sur une distinction entre les motifs surabondants et les motifs déterminants de l'acte¹²⁰⁶. Alors que l'illégalité d'un tel motif devait en toute hypothèse emporter l'annulation, l'arrêt *Dame Perrot* repose sur une conception de l'équivalence des motifs qui amène le juge à faire preuve de davantage de tolérance envers l'administration. Il en résulte que, lorsque l'administration aurait adopté la même décision en se fondant sur au moins un de ses motifs légaux, les moyens tirés de l'illégalité des motifs supplémentaires sont inopérants¹²⁰⁷. Pour effectuer cette appréciation, le juge doit procéder par « *simulation* »¹²⁰⁸ et fixer sa conviction au regard *de l'instruction*, comme un juge de plein contentieux, alors même que le juge de l'excès de pouvoir effectue ordinairement son analyse au regard *des pièces du dossier*. Le choix d'une telle formule révèle ainsi que le recours à cette technique suppose du juge qu'il sonde les intentions de l'administration de manière assez profonde, en procédant à une « *véritable reconstitution à partir des termes de la décision* »¹²⁰⁹. Si l'arrêt *Dame Perrot* ne l'indique pas explicitement, il est admis que la neutralisation des motifs peut être employée d'office par le juge. Cette technique, dont la mise en œuvre est relativement aisée, s'inscrit dans une logique d'« *action négative* »¹²¹⁰ ou de simple couverture de l'illégalité. Celle-ci n'est pas corrigée mais proprement *neutralisée*, c'est-à-dire rendue sans incidence sur la légalité de l'acte.

624. Bien que la comparaison avec d'autres techniques de rejet permette de reconnaître que la neutralisation des motifs illégaux compte parmi les moins invasives du domaine de l'administration, elle demeure quelque peu critiquable. Alors que, par hypothèse, la décision administrative a été prise *en considération d'une somme de motifs*, le juge entend forger son appréciation pour déterminer si *un seul d'entre eux aurait conduit son auteur à l'adopter de la même manière*. Or, quand bien même le juge se livrerait-il à un examen semblable à celui qu'il pourrait opérer en plein contentieux au regard de l'instruction, il ne paraît pas matériellement possible de déterminer *a posteriori* avec une totale certitude si l'appréciation de l'opportunité effectuée par l'administrateur aurait été identique au regard d'un unique motif, étant entendu qu'il lui était loisible de procéder de la sorte. Le raisonnement que le juge

1205 CE, 14 janvier 1948, *Canavaggia*, rec. p. 18.

1206 Jean-Marc PEYRICAL, *id.*

1207 CE, 19 juin 1992, n° 126413, *SARL Bistrot Aixois*, rec. p. 239.

1208 Isabelle DE SILVA, *id.*

1209 Jean-Marc PEYRICAL, *id.*

1210 Alexis FRANK, « Le justiciable et les politiques jurisprudentielles – Les irrégularités neutralisées », *RFDA* 2019, p. 785.

choisit de mener lors de l'application de la jurisprudence *Dame Perrot* le conduit en quelque sorte à délivrer un brevet de légalité potentielle à l'acte litigieux, alors que la reprise d'une même décision fondée sur le seul motif légal se présente comme la seule méthode permettant d'obtenir la certitude que l'opération administrative d'appréciation de l'opportunité aurait abouti à un résultat décisionnel identique.

625. Substitution de base légale. Lorsque l'acte est fondé sur une base légale erronée, mais qu'un autre texte est de nature à justifier son existence, le juge dispose de la faculté de substituer l'un à l'autre. Il procède ainsi à la correction en cours d'instance d'une erreur de droit commise par l'auteur de l'acte au moment de son adoption : l'acte est *régularisé* par l'attribution de la base légale adéquate, qui permet d'éviter l'annulation. Les moyens tirés du défaut initial de base légale sont dès lors frappés d'inopérance. Cette technique de régularisation traditionnelle du juge administratif¹²¹¹ a été théorisée par l'arrêt de section *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi* de 2003. Selon les termes de cette décision, « *lorsqu'il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte que celui dont la méconnaissance est invoquée, le juge de l'excès de pouvoir peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait du être prononcée* ».

626. Si la substitution peut être sollicitée par l'administration, l'arrêt de section a explicitement indiqué que ce pouvoir relevait de l'office du juge de la légalité, confirmant une jurisprudence qui l'admettait de manière implicite¹²¹². Celui-ci peut dès lors « *y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point* », cette solution transversale concernant aussi bien l'excès de pouvoir¹²¹³ que le plein contentieux¹²¹⁴. En dépit de l'importance de ses conséquences contentieuses, cette technique de sauvegarde peut sans doute être considérée comme celle appelant du juge le moins de projection dans le for

1211 Par ex., v. CE, sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres*, rec. p. 157 ; CE, sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau*, rec. p. 57 ; CE, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, rec. t. p. 1069.

1212 L'arrêt *Fadiadji* du 26 février 2001 (n° 223953) relève qu'il y a lieu, en l'espèce, pour le juge de procéder à une substitution de base légale, « *ainsi d'ailleurs que le demande au Conseil d'Etat le préfet de la Mayenne* ». Comme le souligne Jacques-Henri Stahl, cette locution adverbiale indique que l'usage de ce pouvoir de substitution n'est pas soumis à l'existence d'une demande de l'administration.

1213 CE, sect., 21 novembre 2003, n° 240267, *Préfet Seine-Maritime c/ El Bahi*, rec. p.479 et RFDA 2004, p. 733 concl. Jacques-Henri STAHL ; AJDA 2004, p. 202, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS.

1214 CE, 22 mai 2012, n° 3344589, *Mari*, rec. 2013 p. 226.

administratif. Décrite comme un « *simple changement d'étiquette* »¹²¹⁵, la réfection qu'elle induit ne comporte pas le risque d'une modification de l'appréciation portée par l'administrateur sur la situation de fait et n'altère pas fondamentalement la relation entre les motifs de l'acte et son dispositif.

627. Neutralisation de l'erreur de la base légale – contentieux européen. Animé d'un pragmatisme similaire¹²¹⁶, le juge de l'Union admet de ne pas tenir compte d'une erreur de choix de base légale lorsqu'il apparaît que celle-ci « *n'est que de nature purement formelle* » et n'a eu « *dans les circonstances concrètes du cas d'espèce, aucune influence déterminante* »¹²¹⁷ quant à l'appréciation portée par l'auteur de l'acte. Cette technique d'évitement de l'annulation semble plutôt s'apparenter, en contentieux de l'Union européenne, à un cas de neutralisation de l'illégalité qu'à une régularisation. Elle paraît en effet consister davantage en un mécanisme de couverture d'une erreur que le juge estime sans incidence, qu'en une correction prétorienne de l'acte par un rattachement en cours d'instance au fondement pertinent. Certaines décisions révèlent que cette neutralisation est permise par un raisonnement similaire à celui qui justifie la substitution de base légale : le juge s'attache en effet à vérifier que le choix du fondement adéquat aurait amené l'institution, dans le cadre d'un même pouvoir d'appréciation, à adopter une décision de même sens.

628. Substitution de motifs. Au croisement des deux techniques classiquement décrites, le juge dispose du pouvoir de procéder au remplacement des motifs de droit ou de fait illégaux retenus par l'administration au moment de l'adoption de l'acte par d'autres motifs légaux avancés par elle en cours d'instance. S'il est admis que le supérieur hiérarchique peut substituer de nouveaux motifs à ceux retenus par l'autorité subordonnée¹²¹⁸, et que le juge de cassation peut substituer des motifs à ceux retenus par le juge d'appel¹²¹⁹, la reconnaissance au profit du juge administratif d'un pouvoir général de substitution des motifs d'une décision administrative s'est avérée moins évidente, et a eu lieu relativement tardivement.

1215 Francis DONNAT, Didier CASAS, *id.*, p. 203.

1216 Dominique RITLÉNG, « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », in Laurent COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, p. 209.

1217 Par ex., TCE, 5 juin 1996, aff. T-75/95, *Gunzler Aluminium c/ Commission*, § 55.

1218 CE, 1^{er} octobre 1954, *Dame Bonnetblanc*, rec. p. 491.

1219 P. ex., v. CE, 16 janvier 1970, n° 75113, *Société anonyme commerciale et industrielle du froid*, T. 1172 ; v. également CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-320-92, *Società Finanziaria Siderurgica Finsider SpA c/ Commission*, § 37 ; CJUE, 28 mars 2019, C-144/18 P, *River Kwai International Food Industry c/ Conseil*, § 22.

629. Substitution de motifs et compétence liée. Traditionnellement, le Conseil d'État réservait la possibilité pour l'administration d'invoquer devant le juge un nouveau motif susceptible de fonder la décision aux situations de compétence liée. En effet, selon une jurisprudence « *aussi classique que constante* »¹²²⁰, s'insérant dans une logique de couverture de l'illégalité, l'erreur dans les motifs d'un acte que l'administration avait l'obligation de prendre n'entraîne pas son annulation. L'arrêt *URSSAF du Jura* de 1976 avait notamment marqué la volonté du Conseil d'État de ne pas admettre, en dehors d'une telle situation, que l'administration se prévale pour la première fois devant le juge d'un motif de nature à justifier l'acte mais qui n'avait pas été pris en compte lors de son adoption¹²²¹ : alors que le commissaire du gouvernement Dondoux s'était montré favorable à l'admission de la substitution de motifs, le juge relève dans cette espèce que le motif invoqué par administration « *aurait pu justifier légalement la décision attaquée* » mais considère néanmoins qu'il n'était « *pas de nature à rendre légale cette décision qui (...) a été prise sur la base d'un seul motif, lequel était erroné en droit* »¹²²². Cette jurisprudence a été progressivement abandonnée au cours des années 2000, par deux arrêts de section rendus aux conclusions d'Isabelle De Silva.

630. Substitution de motifs et compétence discrétionnaire. L'arrêt *Compagnie nationale Air France* de 2001¹²²³ a ainsi reconnu que le juge du plein contentieux pouvait substituer, à un motif illégal sur lequel est fondée une sanction, un nouveau motif de droit ou de fait, à la condition que l'administration en fasse la demande lors de l'instruction. Cette solution, initialement limitée au contentieux de pleine juridiction dans lequel le juge dispose de pouvoirs étendus et peut substituer son appréciation à celle de l'administration, a été transposée en contentieux de l'excès de pouvoir par l'arrêt *Hallal* de 2004. En consacrant la substitution de motifs parmi les pouvoirs du juge de l'annulation pour excès de pouvoir, au-delà des cas de compétence liée, cet arrêt de section a ainsi contribué au rapprochement des offices du juge administratif et à l'atténuation de la frontière entre pleine juridiction et excès de pouvoir.

631. Les conditions définies par le Conseil d'État pour recourir à cette technique sont inspirées de celles posées par l'arrêt *Air France*. Dès lors, en plein contentieux comme en

1220 Jean-Claude BONICHOT, obs. sur CE, sect., 6 février 2004, *Hallal*, in *GACA*, 8^e ed., p. 1385.

1221 La substitution de motifs pour un acte pris en situation de compétence liée est, en toute hypothèse, d'ordre pratiquement cosmétique, dans la mesure où l'ensemble des moyens tirés de l'illégalité de l'acte sont inopérants.

1222 CE, sect., 23 juillet 1976, n° 96526, *URSSAF du Jura*.

1223 CE, 23 novembre 2001, *Compagnie Nationale Air France*, *CJEG* 2002, n° 586, p. 230, concl. Isabelle DE SILVA.

excès de pouvoir, la substitution de motifs ne peut être mise en œuvre par le juge qu'à la demande de l'administration, ce qui distingue cette technique de la neutralisation des motifs ou de la substitution de base légale. L'auteur de l'acte contesté doit ainsi, en première instance ou en appel, invoquer un motif de nature à justifier la décision. Celui-ci doit être un motif « *autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision* ». Une telle exigence limite ainsi la dimension dans laquelle l'administration peut poursuivre la construction de l'acte en cours d'instance en sollicitant la substitution de motifs : s'il est vrai que cette technique peut emporter une certaine confusion du « *temps de la procédure juridictionnelle avec celui de la procédure administrative* »¹²²⁴, elle ne permet pas à l'administration de fonder sa décision sur un motif qui ne lui était pas contemporain.

632. Dans l'hypothèse où l'administration se prévaut d'un tel motif, le juge exerce un contrôle en deux temps avant de décider de procéder ou non à la substitution. Il doit d'abord, et après « *avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée* », rechercher si le motif nouvellement invoqué « *est de nature à fonder légalement la décision* ». Si tel est le cas, il doit « *apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif* ». Comme dans le cadre de la jurisprudence *Dame Perrot*, l'emploi de cette formule révèle que le recours à cette technique implique que le juge de l'excès de pouvoir analyse la situation comme un juge de plein contentieux. Enfin, si ces conditions sont réunies, le juge dispose de la faculté de « *procéder à la substitution demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué* ».

633. Critiques. Alors que la neutralisation des motifs illégaux et la substitution de base légale sont des techniques relativement classiques et dont l'existence est bien acceptée, l'admission plus tardive de la substitution de motifs en dehors des cas de compétence liée a fait l'objet de certaines réserves¹²²⁵, cette technique étant encore jugée « *des plus discutables* »¹²²⁶. Elle implique en effet une plus grande pénétration du juge dans le domaine de l'administration active que les deux autres. Il est vrai qu'elle modifie plus nettement la structure de l'acte que la neutralisation des motifs illégaux adoptés dès l'origine. Par ailleurs, et à la différence de la substitution de base légale, qui porte sur un élément « *strictement*

1224 Francis DONNAT, Didier CASAS, « L'administration doit-elle pouvoir invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions ? », *AJDA* 2004, p. 436.

1225 Francis DONNAT, Didier CASAS, *id.* ; Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963.

1226 Pascale GONOD, *id.*, p. 225.

objectif», elle altère les motifs de droit et de fait de la décision, qui « *témoignent par définition de la part de subjectivité qui est celle de l'administration dans l'appréciation de l'affaire passée entre ses mains* »¹²²⁷.

634. Malgré les diversités de leurs modes opératoires et du degré d'altération de l'acte qu'elles impliquent, ces techniques obéissent toutes à une logique similaire, caractérisée par le pragmatisme et la recherche par le juge de l'efficacité de sa décision. Leur rapprochement témoigne de l'évolution de la conception que le juge administratif a de son propre office et de son rapport au principe de la légalité.

B - L'affirmation de la dimension utilitaire de l'office du juge administratif

635. La neutralisation des motifs, la substitution de base légale et la substitution de motifs répondent à des préoccupations communes de réalisme et de recherche d'utilité de l'annulation¹²²⁸, exprimées par le juge administratif et qui prennent appui dans une même conception de son propre office. Ces techniques prétoriennes de sauvegarde des actes permettent toutes au juge d'éviter de prononcer une annulation dite « *inutile* »¹²²⁹, « *platonique* »¹²³⁰ ou « *de pure forme* »¹²³¹, que certains auteurs qualifient péjorativement de « *doctrinale* »¹²³², en ce qu'elle n'empêcherait pas l'administration d'adopter, après la sanction de l'erreur commise, un acte similaire.

636. Office du juge et balance des intérêts. Le juge administratif considère qu'il relève de son office de porter une appréciation sur l'opportunité ou l'inutilité de l'annulation d'un acte qui pourrait être repris. Il lui appartient ainsi, selon Jacques-Henri Stahl, « *de mesurer la valeur des critiques de légalité qui sont susceptibles d'être adressées aux actes administratifs déférés devant lui et d'apprécier si ces critiques sont de nature à justifier la censure de ces actes* »¹²³³ en procédant à une « *balance des intérêts en cause* »¹²³⁴. Face à l'intérêt abstrait et impersonnel de l'ordre juridique tenant à l'application cohérente du principe de légalité se

1227 Francis DONNAT, Didier CASAS, *id.*

1228 Delphine COSTA, *op. cit.*, p. 425.

1229 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649.

1230 Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

1231 Isabelle DE SILVA, « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2004, p. 740.

1232 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 1005 ; Francis DONNAT, Didier CASA, « La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2004, p. 202.

1233 Jacques-Henri STAHL, « Les pouvoirs du juge en matière de substitution de base légale dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2004, p. 733.

1234 *Id.*

trouvent en effet les intérêts plus concrets de l'administration, d'une part, et ceux du requérant, d'autre part, dont le juge entend tenir compte au moment de déterminer le sens et la portée de sa décision.

637. Il est vrai que, lorsque l'annulation est prononcée en raison d'une erreur dans le choix de la base légale ou des motifs et que l'administration aurait pu légalement fonder son acte sur un autre texte ou d'autres motifs, l'autorité de chose jugée de l'arrêt ne lui interdit pas de prendre une nouvelle décision de même portée. Dans une telle situation, il apparaît au juge que l'exigence de bonne administration tend à éviter, dans un souci d'économie de temps et de moyens, l'annulation éphémère d'un acte qui pourra être repris à l'identique, après le recommencement de la procédure¹²³⁵. Il peut cependant être objecté que ce souci de bonne administration devrait en premier lieu être celui de l'administration elle-même, et certains commentateurs ont exprimé la crainte que le développement des procédés de substitution ait pour effet de ne pas l'inciter à la rigueur au cours de l'édiction de ses décisions¹²³⁶.

638. Si l'évitement de l'annulation sert de manière immédiate l'intérêt pratique de l'administration, il présente également un certain intérêt pour le requérant, malgré la déception que le rejet du recours ne manquera pas de lui causer. En effet, l'annulation d'un acte que l'administration a l'intention et le pouvoir de reprendre ne lui apportera, au mieux, qu'« *une satisfaction assez illusoire* »¹²³⁷. Elle pourrait, au pire, susciter une incompréhension et un sentiment légitime d'injustice si, après avoir obtenu une victoire à la Pyrrhus devant le juge, le requérant se trouvait confronté à un nouvel acte, légalement pris et dont le bien-fondé ne pourrait être utilement contesté. En choisissant de sauver l'acte plutôt que de prononcer une annulation dont il prévoit qu'elle sera matériellement contredite par l'adoption d'un acte de contenu identique, le juge évite également de s'engager dans une lutte d'autorité dont il ne sortirait pas vainqueur. Ainsi, dans des hypothèses où l'annulation se présente seulement comme une satisfaction à court terme du principe de légalité, l'évitement de la sanction paraît pouvoir contribuer à la bonne administration de la justice, du point de vue du requérant

1235 Philippe RAIMBAULT, *op. cit.*, p. 102.

1236 V. en particulier Francis DONNAT, Didier CASAS, « L'administration doit-elle pouvoir invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions ? », *AJDA* 2004, p. 436 ; dans un bilan de la jurisprudence relative à la substitution de motifs, le professeur Fabrice Melleray dresse toutefois un constat rassurant sur cette question : v. Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2014, p. 529.

1237 Isabelle DE SILVA, *id.*

comme du juge de l'annulation lui-même, lequel évite notamment « *d'entrer en contradiction avec le rôle du juge de l'exécution* »¹²³⁸.

639. Il semble en revanche profondément inéquitable que les frais de procédure éventuels soient mis à la charge du requérant dans une hypothèse où il devient la partie perdante malgré l'introduction d'un recours initialement fondé. Il serait justifié que le juge puisse, selon les circonstances, transposer la solution qu'il retient lorsqu'une décision administrative postérieure à l'introduction du recours prive d'objet le litige, en mettant à la charge de l'administration les frais de procédure demandés par le requérant, le cas échéant¹²³⁹.

640. Utilitarisme du juge administratif. Alors même que l'illégalité apparaît de manière objective et que, par hypothèse, le requérant a bien un intérêt à obtenir l'annulation, l'interprétation par le juge des intérêts en présence peut ainsi l'amener à considérer l'annulation comme dépourvue d'utilité pratique, et à préférer le rejet du recours au moyen d'un procédé de neutralisation ou de substitution. Ces techniques se présentent dès lors comme les manifestations et les premiers instruments positifs d'une conception utilitaire de l'office du juge de la légalité, inspirée de la doctrine utilitariste du XVIII^{ème} siècle selon laquelle les actions doivent être jugées en considération de leur *utilité*. Entendue comme « *le plus grand bien être du plus grand nombre* »¹²⁴⁰, cette notion constitue un prisme à travers lequel le juge porte un regard sur sa propre intervention et sur les sanctions qu'il peut être amené à prononcer : ainsi, « *dans une perspective utilitariste, la sanction des vices ne doit pas se faire au prix d'un plus grand dommage* »¹²⁴¹ que celui causé par l'acte illégal. Lorsque l'annulation apparaît seulement comme la conséquence mécanique du constat d'une illégalité, voire comme une sanction platonique et non comme un moyen de résoudre efficacement une situation litigieuse opposant un administré à l'administration, elle peut être considérée comme étant d'une utilité inférieure à la sauvegarde de l'acte par un procédé de neutralisation ou de substitution. Si l'exigence d'effectivité de la décision justifie que le juge se soucie des effets qu'elle pourra emporter, l'analyse de la légalité des actes administratifs au travers d'un tel prisme appelle certaines remarques.

1238 Pierre-Laurent FRIER, « Panorama de contentieux administratif », *D.* 2005, p. 26.

1239 CE, 17 mai 1991, n° 78724, *Dinant* ; v. y compris pour une demande postérieure à la décision à l'origine du non lieu : CE, 25 octobre 2006, n° 273954, *Société AGDE Distribution*.

1240 V. Denis BARANGER, « Utilitarisme (Utilitarisme classique et droit) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF.

1241 William GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, thèse dact. Paris II, 2019, p. 18 ; Dalloz, LGDJ 2021.

641. Premièrement, le recours par le juge à une technique de sauvegarde semble reposer sur un postulat selon lequel l'annulation qu'il pourrait prononcer serait fatalement dépourvue d'effet, lequel est sujet à discussion. Alors même que le débat contradictoire aurait permis à l'administration d'exprimer le souhait que son acte soit maintenu, voire d'affirmer son intention d'adopter un acte semblable, de telles déclarations ne comportent aucun engagement de droit pour l'avenir. Par ailleurs, à supposer que l'administration entende bien réitérer son acte annulé, il est possible que les circonstances de fait aient évolué ou qu'elle ne puisse le faire qu'après avoir satisfait différentes exigences d'ordre procédural, lesquelles sont susceptibles d'influer sur le sens de la nouvelle décision. Faute pour le juge d'être en mesure de déterminer de manière absolument certaine les suites possibles d'une annulation, ce n'est que par une fiction qu'il peut déduire que la sauvegarde de l'acte se présente comme un mode de résolution du litige plus utile que l'annulation.

642. Deuxièmement, l'adhésion par le juge à un tel postulat peut également être discutée. En ayant recours à une telle technique pour vider le litige, le juge adopte nécessairement une position subjective sur l'utilité de sa décision, qui paraît s'approcher de celle qu'en retiendrait l'administration. Cette circonstance peut occulter que, de la perspective du juge lui-même, strictement comprise, la sauvegarde de l'acte présente une forme d'utilité susceptible d'influencer son appréciation des avantages et inconvénients respectifs du maintien de l'acte et de la sanction de l'illégalité. En effet, alors que l'annulation d'un acte dont le juge estime qu'il pourrait être repris comporte un nouveau risque de recours, le rejet apporte un terme définitif à la « *situation litigieuse* »¹²⁴². La sauvegarde de l'acte peut ainsi coïncider avec l'intérêt procédural de l'institution juridictionnelle à ne pas être de nouveau saisie. Si elle lui permet de privilégier une forme de pacification du rapport juridique sur l'application stricte du droit, par la validation pratique d'un acte dont il admet la « *vocation à perdurer* »¹²⁴³, il semble problématique que le sens de la décision soit influencé, même indirectement, par un arbitrage entre les intérêts du requérant et ceux du juge lui-même.

643. Troisièmement, les implications du postulat auquel adhère le juge semblent critiquables. L'idée selon laquelle la possibilité qu'un acte soit repris après l'annulation justifierait de ne pas la prononcer et d'accepter, par exemple, de procéder à une substitution de motifs revient à considérer que la sanction d'un vice des motifs ou de la motivation n'a pas

1242 Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2014, p. 529.

1243 Benjamin DEFOORT, « Juger de la légalité et « effet utile » des décisions du juge », in Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis 2021, p. 233.

d'utilité en elle-même. En épargnant un acte entaché d'une telle illégalité, le juge néglige la portée symbolique et disciplinaire de l'annulation et admet que le risque de sanction n'a pas véritablement pour effet d'inciter l'administration à respecter les règles de motivation qui s'imposent à elle. Tolérer une illégalité donnée à l'occasion d'un litige équivaut potentiellement à tolérer toutes celles qui lui sont semblables et qui échapperont au contrôle du juge. Cela paraît d'autant plus regrettable que cette technique est fréquemment employée dans des contentieux de masse, tels que celui des étrangers, dans lesquels elle est susceptible de diminuer significativement la portée des règles de motivation et, partant, leur *utilité* du point de vue du justiciable.

644. Effet utile du recours pour excès de pouvoir et injonction. La jurisprudence contemporaine exprime désormais clairement l'essor de cette conception de l'office du juge, dont l'arrêt d'assemblée *Association des Américains Accidentels* fournit l'illustration la plus remarquable. Saisi d'un recours dirigé contre le refus d'abroger un acte réglementaire, le Conseil d'État a affirmé que « *l'effet utile de l'annulation pour excès de pouvoir* » d'un tel acte « *réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique* »¹²⁴⁴. Il en conclut, en premier lieu, que la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation est demandée s'apprécie à la date de sa décision et, en second lieu, qu'il n'y a pas lieu d'annuler le refus d'abroger un acte réglementaire lorsqu'un changement de circonstances l'a mis en conformité avec la légalité à la date à laquelle il statue¹²⁴⁵. Alors même que l'illégalité de l'acte réglementaire aurait été constatée à la date à laquelle son abrogation était demandée, l'annulation doit, selon le juge, être écartée dans la mesure où, l'acte étant devenu légal, elle ne se présente plus comme un moyen de satisfaire effectivement le requérant. L'inutilité est ainsi déduite de l'absence d'effectivité immédiate du dispositif d'annulation qui, lorsqu'il ne peut comporter une injonction d'abrogation, est perçu comme platonique ; inversement, l'annulation utile semble identifiée comme celle permettant au juge de l'exécution de vider le litige. À travers cette jurisprudence, il apparaît nettement que « *la légalité n'est plus protégée « pour elle-même », mais seulement en tant qu'elle*

1244 CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, 424217, *Association des Américains Accidentels*, AJDA 2019, p. 1986, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS ; RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET
1245 CE, 2 mars 2020, n° 422651, *M. Henocq et autres*, AJDA 2020, p. 491.

constituerait un moyen « utile » de satisfaire concrètement les requérants ou l'administration »¹²⁴⁶.

645. Effet utile et pouvoir d'abrogation. La préoccupation d'utilité de son intervention manifestée par le juge dans cet arrêt a inspiré d'autres solutions postérieures. Elle apparaît notamment de manière explicite dans la décision *Stassen* du 28 février 2020, qui concerne une hypothèse de recours visant un acte administratif individuel¹²⁴⁷. Après avoir rappelé que « lorsqu'il est saisi d'un recours tendant à l'annulation d'une mesure de suspension provisoire » prise en application du code du sport, le juge de l'excès de pouvoir peut annuler cette décision s'il la juge illégale à la date de son adoption, le Conseil d'État a ainsi précisé qu'il pouvait également, « eu égard à l'effet utile d'un tel recours » et lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, apprécier sa légalité à la date où il statue afin d'en prononcer, le cas échéant, l'abrogation. S'il ne comporte pas de référence aux notions d'utilité ou d'effet utile, l'arrêt de Section *ELENA* du 19 novembre 2021¹²⁴⁸ s'inscrit également dans la continuité de l'arrêt *Américains Accidentels* en consacrant la possibilité pour le juge de l'excès de pouvoir d'abroger directement un acte réglementaire dans l'hypothèse où il serait amené à écarter les conclusions à fin d'annulation¹²⁴⁹.

646. Utilité et annulation. De manière « largement souterraine »¹²⁵⁰, les considérations qui inspirent la jurisprudence moderne relative à l'appréciation dynamique de la légalité ont fondé la jurisprudence plus classique relative aux techniques de neutralisation et de substitution¹²⁵¹. Au nom de l'utilité de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir, ces deux tendances jurisprudentielles ont impliqué une modification profonde de la fonction de l'annulation. Cette sanction semble devoir être réservée aux cas dans lesquels le juge l'estime « proportionnée »¹²⁵² à la situation litigieuse, qu'elle doit permettre de résoudre. Tel est le cas lorsque l'annulation purge définitivement l'ordre juridique de la décision illégale adoptée par l'administration, qui ne pourra pas reprendre d'acte similaire sans méconnaître la chose jugée. Il est également envisageable que l'annulation d'un acte qui pourrait être repris soit prononcée à des fins disciplinaires ou pédagogiques. Lorsque le juge entend sanctionner un manquement

1246 Benjamin DEFOORT, *id.*, p. 229.

1247 CE, 28 février 2020, n° 433886, *M. Stassen*, RFDA 2020, p. 469, concl. Guillaume ODINET.

1248 CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres*, RFDA 2022, p. 51, concl. Sophie ROUSSEL.

1249 Sur cette question, cf. infra Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, C –.

1250 Benjamin DEFOORT, *id.*, p. 228.

1251 En ce sens, v. Delphine COSTA, *id.*, p.420 et s.

1252 Isabelle DE SILVA, « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », RFDA 2004, p. 740.

qu'il estime particulièrement répréhensible, il lui est ainsi loisible de ne pas faire droit à une demande de substitution formulée par l'administration. En toute hypothèse, l'exigence d'utilité conduit désormais le juge, dans l'exercice de son office, à jauger la légitimité de l'annulation au regard de ses effets.

647. Les conditions de mise en œuvre de ces techniques prétorienne, qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des requérants, visent à garantir qu'elles seront employées de manière raisonnable et justifiée.

§ 2 - Une mise en œuvre conditionnée

648. Les techniques prétorienne de sauvegarde que sont la neutralisation des motifs, la substitution de base légale et la substitution de motifs poursuivent un objectif similaire mais obéissent à des régimes dont la rigueur varie. Il est possible d'identifier des conditions communes à toutes les techniques (**A**), ainsi que certaines qui concernent particulièrement les techniques de substitution (**B**).

A - Les conditions communes à l'ensemble des techniques de sauvegarde

649. Le recours aux techniques de sauvegarde étudiées est systématiquement conditionné à la neutralité de l'intervention du juge sur le sens de la décision de l'administration (**1**). En outre, il ne peut être envisagé que si la décision litigieuse est exempte d'autres vices (**2**).

1 - La neutralité de l'intervention du juge sur la portée de la décision

650. En toute hypothèse, la sauvegarde de l'acte illégal par le juge lui-même ne peut être admise que si son intervention est dépourvue d'incidence sur son contenu et sur ses effets.

651. Exigence de neutralité. Ce principe ressort peut-être de manière moins nette de la motivation de l'arrêt *Dame Perrot*. Il est toutefois bien établi que le juge de l'excès de pouvoir ne peut procéder à la neutralisation des motifs illégaux afin de sauver la décision que s'il résulte de l'instruction que son auteur aurait pris la *même décision* en se fondant *seulement* sur ses motifs légaux¹²⁵³. Il est en revanche très nettement énoncé, en ce qui concerne le recours aux techniques de substitution, par les arrêts *El Bahi* et *Hallal*. Le premier affirme qu'il peut être procédé à une substitution de base légale lorsque « *la décision contestée (...) aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur le fondement d'un autre texte (...)*

1253 CE, 4 février 1983, n° 36340, *Lambert* (application négative) ; CE, 30 juillet 2014, n° 370306, *Association Envie de Rêver et autres* (application positive).

sous réserve que l'intéressé ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée (...) ». Quant au second, il précise que, lorsque l'administration fait valoir devant le juge un nouveau motif pouvant justifier sa décision, il appartient au juge « de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ». Comme la substitution de base légale, la substitution de motifs est alors techniquement possible, « sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale ». Il ressort ainsi que la neutralité de l'intervention correctrice du juge résulte non seulement de son indifférence sur le sens de la décision, mais également, en ce qui concerne les techniques de substitution, du maintien des garanties procédurales auxquelles l'administré pouvait prétendre¹²⁵⁴.

652. Séparation des fonctions. En réservant la mise en œuvre de ces pouvoirs aux cas dans lesquels il apparaît qu'ils n'auraient pas d'influence sur le sens de la décision, le juge se garde de la réformer et d'agir en administrateur. Il est en effet classiquement considéré qu'il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle de l'administration agissant de manière discrétionnaire¹²⁵⁵, en vertu du principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative¹²⁵⁶. La règle de l'interdiction faite au juge de se comporter en administrateur est toutefois d'une portée relative et son interprétation, de plus en plus réduite, ne fait pas obstacle à l'usage de ces techniques, dont l'équilibre les situe à la frontière du territoire administratif.

653. Possibilité pour le juge de plein contentieux d'agir en administrateur. En premier lieu, elle ne constitue pas une limite pour le juge du plein contentieux, qui dispose de pouvoirs lui permettant de réformer ou de remplacer la décision de l'administration. Bien identifiée par la doctrine¹²⁵⁷, l'ampleur des « pouvoirs de pleine juridiction »¹²⁵⁸ relevant de l'office du juge a notamment été soulignée par le Conseil d'État dans l'avis *Association Nonant Environnement* de 2015, en ce qui concerne le contentieux des installations classées. Ainsi,

1254 Cf. infra.

1255 Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e ed., t. 2, pp. 568-569.

1256 Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, p. 67.

1257 René CHAPUS, *id.*, pp. 999-1002 ; Victor HAÏM, « Recours de plein contentieux », *Rep. Cont. Adm.*, § 267 et s.

1258 CE, avis, 29 mai 2015, n° 381560, *Association Nonant Environnement*, *AJDA* 2015, p. 1071, note Alix PERRIN.

« lorsqu'il statue en vertu de l'article L. 514-6 du code de l'environnement, le juge administratif a le pouvoir d'autoriser la création et le fonctionnement d'une installation classée pour la protection de l'environnement en l'assortissant des conditions qu'il juge indispensables à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1. Il a, en particulier, le pouvoir d'annuler la décision par laquelle l'autorité administrative a refusé l'autorisation sollicitée et, après avoir, si nécessaire, régularisé ou complété la procédure, d'accorder lui-même cette autorisation aux conditions qu'il fixe ou, le cas échéant, en renvoyant le bénéficiaire devant le préfet pour la fixation de ces conditions ». Si ces pouvoirs peuvent être employés pour faire droit à la requête, l'arrêt *Air France* de 2001 a établi qu'ils pouvaient également l'être pour la rejeter, après avoir opéré une substitution de motifs demandée par l'administration.

654. Recul de l'interdiction faite au juge de l'excès de pouvoir d'agir en administrateur. En deuxième lieu, la conception classique qui envisage le juge de l'excès de pouvoir comme un simple censeur des décisions de l'administration est fortement remise en cause depuis que le législateur a consacré l'existence de son pouvoir d'injonction. Il n'est plus, comme pouvaient s'en émouvoir d'attentifs observateurs du droit administratif français¹²⁵⁹, dépourvu de tout moyen de commander à l'administration active et donc d'entreprendre sur son activité. À plusieurs égards, le rapprochement des offices du juge administratif de l'annulation et de l'exécution a favorisé l'affaiblissement de la prohibition d'agir en administrateur.

655. Sur le plan conceptuel, il a provoqué un effacement de la frontière entre excès de pouvoir et plein contentieux, le juge de l'exécution exerçant un office de pleine juridiction et appréciant la nécessité des mesures demandées à la date à laquelle il se prononce. Il en résulte que la séparation entre les modes de raisonnement employés par le juge dans ses différents offices n'est plus hermétique, et que le juge de l'excès de pouvoir peut, dans un certain degré, porter un regard sur l'opportunité administrative des actes qu'il contrôle.

656. Sur le plan pratique, il a impliqué un renforcement de l'efficacité des décisions du juge administratif, dont celui-ci a vivement pris conscience à partir des années 2000¹²⁶⁰ : Isabelle

1259 Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chr. p. 37, également in Wanda MASTOR, Julie BENETTI, Pierre EGEEA, Xavier MAGNON, *Les grands discours de la culture juridique*, 1^{ère} édition, Dalloz, 2017, n° 30.

1260 Bertrand SEILLER, « L'intérêt général et l'exercice des pouvoirs juridictionnels », *Mel. Truchet*, p. 597.

De Silva évoque à ce titre un « *effet retour* »¹²⁶¹ par lequel le développement des pouvoirs du juge dans la phase post-juridictionnelle a rejailli sur les modalités selon lesquelles il effectue, en amont, le contrôle de légalité. En étant plus attentif à l'effet de ses annulations, il peut déterminer celles qui auront un « *effet utile* »¹²⁶² et celles qui en seront potentiellement dépourvues, pour faire l'économie de ces dernières. Il est ainsi amené à tenir compte de l'intention de l'administration et donc à porter une appréciation, au stade du contrôle de légalité, sur l'opportunité du maintien de l'acte contesté.

657. Sauvegarde de l'acte et respect de l'interdiction d'agir en administrateur. En troisième lieu, si l'interdiction de se comporter en administrateur constitue un obstacle « *d'ordre théorique* »¹²⁶³ aux pouvoirs de neutralisation et de substitution du juge, ceux-ci sont aménagés de façon à ce qu'il ne soit pas nécessaire de le surmonter. En effet, les conditions posées à l'usage des techniques prétoriennes de sauvegarde des actes administratifs sont telles que le juge s'arrête à la frontière du domaine de l'administration active, sans véritablement y pénétrer tant qu'il ne modifie pas, de lui-même, « *la substance et la portée de la décision attaquée* »¹²⁶⁴. Tel n'est pas le cas lorsqu'il neutralise les motifs illégaux, après avoir vérifié que l'administration aurait pris la même décision au regard des seuls motifs légaux. De même, lorsqu'il procède à une substitution de base légale, y compris de sa propre initiative, le juge laisse intacte la décision et en particulier son dispositif, se limitant « *à corriger une erreur sans conséquence de l'administration* »¹²⁶⁵. La substitution de motifs, qui relève d'une démarche plus constructive, est à ce titre plus rigoureusement encadrée¹²⁶⁶. En effet, à la différence de la substitution de base légale, elle ne se limite pas à un repositionnement de l'acte sur le fondement adéquat, et présente le risque d'altérer l'équilibre défini par l'auteur de l'acte entre ses motifs et son dispositif. Elle ne peut en conséquence être mise en œuvre que sur demande de l'administration, émanant de l'autorité compétente¹²⁶⁷, qui doit convaincre le juge que le motif nouvellement invoqué l'aurait conduite à adopter la même décision. Dès lors, en sauvegardant l'acte par ce procédé, le juge veille à ne pas se substituer à

1261 Isabelle DE SILVA, *id.*

1262 CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, *Association des Américains Accidentels*, AJDA 2019, p. 1986, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS ; RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET.

1263 Isabelle DE SILVA, *id.*

1264 Jacques-Henri STAHL, *id.*

1265 Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA 2004, p. 963.

1266 En ce sens, Jean-Marc SAUVE, « Un corridor de Vasari au Palais-Royal – Autoportraits du juge en son office », AJDA 2013, p. 1669.

1267 Sur ce point, v. CE, 13 mars 2006, n° 268988, *SARL Marseille Diffusion*.

l'administration : il ne prend pas « *l'initiative d'une nouvelle décision* »¹²⁶⁸, ni du recours à la technique de sauvegarde, non plus qu'il ne choisit le motif permettant de la justifier.

658. Les conditions posées à l'usage des techniques de sauvegarde des actes permettent ainsi de contenir le juge dans son office, élargi vers la perspective de l'après-décision, et de garantir la neutralité de son intervention sur le résultat du processus décisionnel entrepris par l'administration. Il devient le « *perfecteur* »¹²⁶⁹ de l'acte qu'il corrige, mais ne se substitue pas à l'administration active¹²⁷⁰. Si l'intervention du juge est dépourvue d'incidence sur le sens de l'acte et peut, à ce titre, être décrite comme neutre, le choix de recourir à ces pouvoirs ne l'est pas et s'insère dans une politique jurisprudentielle d'évitement des annulations considérées comme inutiles et de recherche de l'efficacité de la décision. Pour que l'annulation apparaisse dépourvue d'utilité au juge qui devrait la prononcer, il est nécessaire que l'acte n'encoure pas la censure à raison d'un autre vice.

2 - L'absence d'une irrégularité irrémédiable par le recours aux techniques de sauvegarde

659. Les techniques de neutralisation ou de substitution permettent de régulariser en cours d'instance un vice de l'acte administratif contesté résultant de l'illégalité de ses motifs ou du choix de sa base légale. Leur portée remarquable ne doit pas conduire à en négliger les limites : la régularisation des motifs ou de la base légale de l'acte ne présente un intérêt que si cet acte n'est pas entaché d'un autre vice qui ne pourrait être corrigé par la neutralisation ou la substitution, elle n'est donc techniquement possible qu'à cette condition.

660. Examen de l'ensemble des motifs contestés. Il n'est pas exclu que le vice faisant obstacle à la correction des motifs porte sur ce même point. La jurisprudence relative à la neutralisation des motifs le confirme. Dans un arrêt du 14 juin 2016, la cour administrative d'appel de Lyon a notamment rappelé que la neutralisation d'un motif illégal fondant un refus de titre de séjour ne pouvait être opérée par le juge sans avoir examiné un moyen opérant tiré de l'illégalité d'un autre motif¹²⁷¹. L'application de la jurisprudence *Dame Perrot* suppose ainsi l'examen de la légalité de l'ensemble des motifs contestés par des moyens opérants avant

1268 Isabelle DE SILVA, *id.*

1269 Bertrand SEILLER, *id.*

1270 Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

1271 CAA Lyon, 14 juin 2016, n° 14LY02208, *Mme M. épouse K.*, *Rev. Jurisp. ALYODA* 2017, n° 1, concl. Thierry BESSE (accessible en ligne sur alyoda.eu).

que le juge puisse se prononcer sur la capacité des seuls motifs légaux à soutenir le dispositif adopté par l'administration.

661. Le plus fréquemment, les vices qui s'opposent à la régularisation au moyen de la substitution ou de la neutralisation relèvent d'autres cas d'ouverture du recours. La jurisprudence relative à la substitution de motifs en a donné plusieurs exemples, qui paraissent tous transposables aux autres techniques.

662. Vices de forme. Le juge exclut ainsi que la substitution des motifs permette de sauver un acte qui encourt l'annulation en raison d'un vice de forme. Il considère que cette technique ne peut remédier à l'insuffisance initiale de la motivation¹²⁷², l'auteur de l'acte ne peut donc « *utilement demander* »¹²⁷³ la substitution dans une telle hypothèse. Cette jurisprudence est louable dans la mesure où elle préserve la substance de l'obligation de motivation qui pèse sur l'administration alors que la jurisprudence *Hallal* présente le risque d'en affaiblir la portée. Elle rappelle en outre l'intérêt qui peut exister pour un requérant à mettre en cause la légalité externe d'un acte, dans la mesure où une annulation prononcée sur un tel fondement peut s'accompagner d'une injonction de réexaminer la demande de l'administré, laquelle sera, le cas échéant, effectuée en dehors du contexte de l'instance et au terme d'une appréciation actualisée de sa situation.

663. Erreur quant à la compétence de l'administration. La substitution de motifs ne permet pas davantage de remédier à l'erreur de droit¹²⁷⁴ commise par l'administration se déclarant, à tort, incompétente¹²⁷⁵. En considérant qu'un tel vice ne peut être régularisé par cette technique, le juge applique à l'administration le mode de raisonnement qu'il suit lui-même dans le cadre de l'examen des requêtes, et qui fait intervenir le contrôle de la compétence avant l'analyse de fond : ainsi, dans la mesure où l'administration s'est déclarée incompétente, elle a entendu ne procéder à aucun examen au fond de la demande de l'administré, et ne peut pas prétendre que des motifs dont elle aurait apprécié l'existence *au moment de la demande*, conformément à la jurisprudence *Hallal*, pourraient en justifier le dispositif. Il s'en déduit que la substitution ne peut être utilement demandée que lorsque la

1272 CE, 25 avril 2007, n° 290197, *M. R.*, *Procédures* 2007, n° 7, p. 23, note Serge DEYGAS.

1273 CE, 31 mars 2010, n° 306122, *Delasara*.

1274 Sur cette qualification, v. Aurélie BRETONNEAU, « L'incompétence négative, « faux amis » du juge administratif ? », *NCCC* 2015, n° 46, p. 21 ; Jimmy ROBBE, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

1275 CE, ord., 16 mai 2007, n° 304955, *Joseph*.

décision administrative a appelé de la part de son auteur une analyse de la situation de l'administré.

664. Erreur quant à l'objet de la demande. De manière comparable, il est jugé qu'une erreur de droit commise par l'administration dans l'analyse de l'objet de la demande ne peut être régularisée par une technique de substitution. Ainsi, lorsque l'administration adopte une décision qui ne correspond pas à l'objet de la demande de l'administré, il lui est impossible de soutenir que les motifs qui fondent la décision attaquée auraient justifié le sens de la décision qu'elle aurait dû adopter en répondant de manière adéquate à la demande dont elle était saisie : tel est le cas lorsque, en réponse à une demande de visa de *court* séjour, l'administration refuse un visa de *long* séjour et prétend, en cours d'instance, que ses motifs pourraient également fonder un refus de visa de court séjour¹²⁷⁶. Cette limite apparaît justifiée dès lors que la substitution permise par la jurisprudence *Hallal* vise à consolider la décision litigieuse en l'appuyant sur un motif pertinent au regard de la situation de l'administré et du dispositif adopté par l'administration en considération de celle-ci, et pas à rattacher les motifs d'une décision existante à un nouveau dispositif. Si ces motifs ont bien abouti à une prise de décision, ils ne présentent pas de lien avec la demande formulée par l'administré, si bien qu'un rattachement à un autre dispositif serait artificiel. La solution inverse impliquerait véritablement l'adoption d'une nouvelle décision en cours d'instance, selon un raisonnement éloigné de la logique de la régularisation et, par ailleurs, fortement critiquable. En effet, alors que l'administration n'est pas parvenue à apprécier correctement la nature de la demande qui lui a été adressée, il paraît difficile de présumer qu'elle a pu porter un regard suffisant sur la situation pour que les motifs de sa décision soient pris en considération.

665. Les limites qui tiennent à l'impossibilité de régulariser un acte entaché d'un vice de forme ou d'une erreur portant sur la compétence de l'auteur constituent des obstacles juridiques à la substitution de motifs qui se déduisent de l'économie même de la jurisprudence *Hallal*. À la différence, le refus de procéder à une forme de transposition des motifs de la décision litigieuse au sein d'une autre décision s'inspire plus directement de l'interdiction faite au juge d'agir en administrateur. Elle découle d'un choix jurisprudentiel du Conseil d'État de limiter les hypothèses de régularisation prétorienne en excluant ce qui pourrait être décrit comme une substitution de dispositif. En dépit des justifications qui l'inspirent, cette limite paraît donc plus fragile que les autres. Alors que la décision *Hallal* a marqué l'abandon

1276 CE, 15 juin 2007, n° 289612, *M. et Mme Djabeur*, AJDA 2007, p. 1215.

d'une solution qui n'admettait la substitution que dans les cas de compétence liée et que le régime procédural de la technique de la substitution de motifs a été assoupli par le Conseil d'État¹²⁷⁷, il paraît souhaitable que la jurisprudence n'y renonce pas.

666. Si la neutralité de l'intervention du juge sur le sens de la décision et l'absence de tout autre vice irrémédiable constituent deux conditions communes à l'ensemble des techniques prétoriennes de sauvegarde des actes administratifs, la spécificité des techniques de substitution implique qu'elles soient soumises à des conditions particulières supplémentaires.

B - Les conditions spécifiques aux techniques de substitution

667. Les techniques de substitution de base légale ou de motifs se distinguent de la neutralisation des motifs dans la mesure où elles impliquent un plus grand degré de modification de l'acte en cours d'instance. Elles ne peuvent dès lors être mises en œuvre qu'à la condition de neutralité procédurale (1) et dans le respect du principe du contradictoire (2).

1 - La préservation des garanties procédurales attachées à la décision initiale

668. Si la neutralisation des motifs illégaux de la décision altère l'équilibre que son auteur a établi entre ses motifs et son dispositif, elle paraît sans effet sur le plan de la procédure administrative. Par hypothèse, le destinataire de l'acte aura pu bénéficier de l'ensemble des garanties procédurales attachées aux motifs de droit et de fait sur lesquels l'auteur de l'acte s'est appuyé lors de son adoption, et l'opération consistant, pour le juge, à écarter les motifs illégaux n'aura pas pour conséquence de priver l'administré du bénéfice d'une garantie qui lui aura été accordée.

669. À l'inverse, les techniques de substitution de base légale ou de motifs font intervenir, en cours d'instance, des éléments externes à l'acte administratif tel qu'il a été adopté et dans la structure qu'il revêt au moment où le requérant le conteste. La révélation, en cours d'instance, de son fondement juridique adéquat ou du motif qui s'avère à même de le justifier légalement implique nécessairement que ces éléments n'ont pas été pris en compte, ou pas explicitement, au cours de la procédure administrative, ce qui peut avoir eu pour effet de priver l'administré du bénéfice des éventuelles garanties procédurales qui y étaient attachées.

670. Cette spécificité justifie que ces techniques ne puissent être mises en œuvre que sous réserve de la préservation des garanties procédurales liées, selon les hypothèses, au motif ou

¹²⁷⁷ CE, 19 mai 2021, *Commune de Rémoire-Montjoly*, n° 435109, rec. T.

au texte substitué. Il en va ainsi lorsque le motif que l'administration entend substituer ne peut légalement être adopté qu'au terme d'une procédure contradictoire¹²⁷⁸, notamment en matière disciplinaire¹²⁷⁹. De même, les obligations de consultation pesant sur l'administration peuvent faire obstacle à ce qu'un nouveau motif soit invoqué en cours d'instance au secours de la décision contestée¹²⁸⁰. En revanche, si « *l'examen attentif par l'administration du dossier qui lui est présenté est incontestablement une garantie dont l'intéressé doit pouvoir bénéficier et dont il doit pouvoir faire censurer la méconnaissance devant le juge* », ce dernier estime que « *la privation de cette garantie est pleinement compensée par l'examen de l'ensemble des circonstances de fait utiles devant le juge de l'excès de pouvoir* »¹²⁸¹. Ainsi, l'administration qui a fondé sa décision de refus sur la tardiveté de la demande de l'administré peut faire valoir un motif de fond pour la justifier en cours d'instance, le juge administratif admettant que le débat contradictoire organisé devant lui présente autant de garanties pour l'administré que celui qui aurait pu avoir lieu entre celui-ci et l'administration¹²⁸². Le juge administratif en déduit notamment que le destinataire d'une décision devant être motivée et dont l'adoption doit, à ce titre, être précédée d'une procédure contradictoire, bénéficie, dès lors qu'il est invité à produire des observations en cours d'instance, de garanties équivalentes à celles qui lui auraient été offertes au cours de la procédure administrative¹²⁸³. Une telle lecture de l'obligation instituée par l'article 24 de la loi DCRA du 12 avril 2000, reprise à l'article L. 121-1 du CRPA, tend ainsi à faciliter la substitution de motifs au soutien de décisions de retrait.

671. Il apparaît ainsi que la condition de la préservation des garanties procédurales peut se fondre dans l'obligation faite au juge de veiller au respect du principe du contradictoire.

1278 CAA Douai, 18 janvier 2005, n°02DA01044, *Société civile d'exploitation agricole Leprince*.

1279 TA Amiens, 28 septembre 2006, n° 0402257, *AJDA* 2007, p. 106 ; TA Toulouse, 23 janvier 2007, *AJDA* 2007, p. 859.

1280 CAA Lyon, 9 mai 2006, n° 01LY01986, *Centre hospitalier universitaire de Grenoble*, *AJDA* 2006, p. 1485, note Eric KOLBERT (refusant la substitution qui aurait pour effet de priver le requérant de la garantie tenant à consultation de la commission de réforme) ; v. également CAA Nantes, 28 novembre 2005, n° 03NT00335, *SAS Giraud Ouest c/Ministre de l'industrie et des finances* ; *a contrario*, dans une hypothèse où la consultation ne présente pas de caractère obligatoire v. CAA Paris, 20 juin 2005, n° 04PA03625, *M. et Mme E.*

1281 François SENERS, concl. sur CE, 13 mars 2006, n° 259192, *Poindrelle*.

1282 Certaines décisions ont retenu une approche prudente de ce raisonnement, dans l'hypothèse où une procédure de recours administratif préalable obligatoire est prévue. V. ainsi CAA Lyon, 6 juillet 2007, n° 02LY01377, *ANPE*, jugeant que la substitution sollicitée « *aurait pour effet de priver l'intéressé de la garantie de procédure que constitue la possibilité, prévue par les dispositions précitées de l'article R. 311-3-9 du code du travail, d'exercer un recours devant être soumis à la commission départementale* ».

1283 TA Dijon, 6 mars 2007, n° 0502124, *AJDA* 2007, p. 1145, note Yan LAIDIE ; V. également CE, 15 octobre 2007, n° 275810, *M. Jaunay*.

2 - Le respect du contradictoire

672. Les techniques contentieuses par lesquelles le juge administratif peut sauvegarder un acte et éviter son annulation reposent sur la neutralisation de certains de ses éléments illégaux ou sur leur remplacement par d'autres qui sont légaux et de nature à le justifier. Elles ont ainsi pour effet, à différents degrés, de modifier la structure originelle de la décision, qui ne correspond plus exactement à celle dont le requérant a demandé l'annulation. Quand tel est le cas, le respect du principe de la contradiction peut exiger que le juge du fond¹²⁸⁴ recueille les observations des parties avant d'exercer son office. Cette nécessité ne s'impose pas de la même manière à toutes les techniques de sauvegarde, ni à toutes les configurations dans lesquelles elles peuvent être employées.

673. Absence d'obligation d'information et neutralisation des motifs. Ainsi, elle ne concerne pas la neutralisation des motifs. Cette technique peut être mise en œuvre d'office par le juge, sans qu'il soit besoin d'en informer les parties, dès lors qu'elle n'ajoute rien à la décision litigieuse qui a pu être contestée dans tous ses éléments par le requérant.

674. Obligation d'information et substitution de base légale opérée d'office. La nécessité pour le juge d'informer les parties ne s'applique pas dans toutes les hypothèses de substitution de base légale. Il ressort en effet de l'arrêt *El Bahi* que le juge ne doit mettre les parties à même de présenter leurs observations que lorsqu'il entend procéder d'office à une substitution. Grâce à cette communication le requérant peut contester la substitution envisagée, et notamment soulever l'exception d'illégalité de la base légale estimée adéquate. Elle permet également au défendeur, qui en accepte le principe, d'assumer une partie de la réformation de l'acte qu'elle implique. Dans le cas où la substitution est sollicitée par l'administration elle-même, il appartient en revanche au requérant de la discuter dans le cadre du débat contradictoire, sans y avoir été spécialement invité par le juge.

675. Obligation d'information et substitution de motifs. En dehors des cas de compétence liée, la substitution de motifs, qui ne peut être mise en œuvre qu'à la demande de l'administration, doit pour sa part systématiquement être précédée d'une mesure d'information visant à recueillir les observations du requérant. Cette rigueur supplémentaire est la contrepartie juste et nécessaire de la possibilité que la substitution de motifs offre à

1284 Le Conseil d'État a précisé que la substitution de motifs ne pouvait être demandée pour la première fois devant le juge de cassation : CE, 22 novembre 2006, n° 277373, *OFPRA*.

l'administration de refaire en cours d'instance l'acte attaqué. Cette technique implique en effet, et contrairement à la neutralisation des motifs, une « *transformation* »¹²⁸⁵ de la décision devant le juge, dans la mesure où l'administration fait connaître, en cours d'instance, un nouveau motif qui peut avoir été dissimulé ou bien qui n'aurait pas été pris en compte lors de l'édition de l'acte. Il est vrai que, dans ces conditions, « *le justiciable peut légitimement penser que son action en justice a eu pour seul effet de prolonger le processus d'élaboration de l'acte contesté et de permettre in fine de l'amener à la perfection* »¹²⁸⁶. Cette exigence « *fondamentale* »¹²⁸⁷ constitue dès lors une garantie importante pour le justiciable, dans la mesure où elle lui permet de s'assurer que l'administration se prévaut d'un motif relatif à la situation de droit et de fait existante à la date de l'adoption de la décision. Le juge administratif estime en tout état de cause que ce débat contradictoire est une source de garanties équivalentes à celles dont l'administré aurait bénéficié dans le cadre de la procédure administrative. Cette conception peut néanmoins être critiquée, notamment dans la mesure où il semble que la procédure contentieuse laisse moins de marge de manœuvre au requérant pour élaborer son argumentation, d'autant que certaines règles procédurales appliquées par le juge administratif peuvent limiter les moyens qu'il pourrait souhaiter invoquer.

676. Absence de formalisme. Il semble dès lors particulièrement regrettable que la jurisprudence du Conseil d'État ait pris le parti d'assouplir le régime procédural de cette technique de substitution. En effet, par un arrêt *Commune de Rémire-Montjoly*¹²⁸⁸, il a explicitement jugé que le défendeur pouvait, en dépit de l'absence de demande expresse de sa part, être regardé comme faisant valoir un autre motif au soutien de la décision contestée¹²⁸⁹. Cette solution peut sans doute se justifier dès lors que l'exigence d'une demande expresse ne résulte pas des termes de l'arrêt *Hallal* qui mentionne simplement que l'administration doit « *invoquer* » un nouveau motif, et qu'il appartient au juge de conférer une portée utile aux écritures des parties. Elle paraît cependant « *porteuse d'inconvénients* »¹²⁹⁰ dans la mesure où il est douteux que les requérants les moins avertis seront, eux, à même d'apprécier la portée de

1285 Francis DONNAT, Didier CASAS, *id.*

1286 Bertrand SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791.

1287 Pierre-Laurent FRIER, « Panorama de contentieux administratif », *D.* 2005, p. 26.

1288 CE, 19 mai 2021, *Commune de Rémire-Montjoly*, n° 435109, rec. T.

1289 Certaines décisions ont déjà pu relever que le défendeur devait « être regardé comme demandant au Conseil d'État de substituer » un motif légal au motif initialement mentionné dans la décision litigieuse. V. par ex. CE, 11 mai 2011, n° 323507, *Dimby*.

1290 La formule avait été employée par Francis DONNAT et Didier CASAS dans leur chronique précitée relative à l'arrêt *Hallal*.

l'invocation informelle d'un motif de nature à justifier la décision attaquée¹²⁹¹, à plus forte raison s'ils n'en sont pas avertis par une mesure juridictionnelle d'information mais simplement par la communication du mémoire en défense. Il faut dès lors espérer que l'assouplissement du régime procédural de la substitution de motifs n'amènera pas le juge à se montrer plus libéral dans l'admission de la demande, qui demeure une faculté à sa disposition.

677. Pragmatisme. L'existence et l'usage de ces techniques témoignent du réalisme du juge, et l'ancienneté de certains procédés souligne qu'il n'a jamais véritablement souscrit à une conception absolutiste du principe de légalité qui impliquerait la censure mécanique de toute illégalité, même d'ordre interne. Leur développement dans la période contemporaine indique un renforcement de la logique pragmatique dont se réclame fréquemment le juge administratif à travers les conclusions des commissaires du gouvernement ou rapporteurs publics. Il implique par ailleurs une évolution de la conception que le juge se fait de son office¹²⁹², qui se traduit par un effacement de la distinction entre le plein contentieux et l'excès de pouvoir, et qui s'avère particulièrement favorable à la protection de la stabilité des actes de l'administration.

678. Stabilité des actes administratifs. Pouvant être mise en œuvre dans un champ très large, les différentes techniques de sauvegarde permettent principalement de sauvegarder des décisions individuelles de refus. Les erreurs de droit qu'elles visent à corriger sont diverses, tant par leur nature que par leur gravité. Tandis que la rectification du choix de la base légale peut être considérée comme un élément de portée relativement faible, la correction tenant à une irrégularité de la motivation de la décision attaquée apparaît comme une modification plus importante de sa structure. Si leur utilisation est toujours conditionnée, certaines d'entre elles obéissent à un régime relativement souple. Le juge dispose dès lors d'un vaste arsenal de techniques dont l'étendue lui confère une importante marge de manœuvre pour organiser le rejet du recours contre un acte dont l'annulation lui semble inutile ou néfaste. Bien qu'il ne soit jamais tenu de les employer¹²⁹³, l'existence même de ces pouvoirs témoigne de l'évolution de l'office du juge de la légalité et de la relation qu'il entretient avec l'administration. À la lumière de la jurisprudence, cette dernière apparaît d'ailleurs comme le principal bénéficiaire

1291 Muriel MERINO, « La demande de substitution de motifs dispensée de formalisme – un pragmatisme raisonnable ? », *AJDA* 2021, p. 1645.

1292 Francis DONNAT, Didier CASAS, *id* ; Pascale GONOD, *id.*, p. 226.

1293 La jurisprudence n'a cependant pas manifesté, chez le juge administratif, une tendance à écarter en opportunité la substitution de motifs lorsque ses conditions étaient effectivement réunies. V. en ce sens : Isabelle DE SILVA, « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2006 p.690 ; Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2014, p. 529.

de ces techniques, qui ne sont que rarement mises en œuvre dans l'intérêt de la stabilité de la situation juridique d'un administré¹²⁹⁴.

679. Cette évolution de l'office du juge administratif est confirmée et intensifiée par le développement – jurisprudentiel et législatif – de procédés de régularisation reposant sur une véritable collaboration du juge et de l'administration et visant à assurer, d'un même mouvement, la stabilité d'actes fragilisés par un recours contentieux et la mise en conformité de la volonté de l'administration aux exigences de la légalité.

Section 2 - La sauvegarde de l'acte par l'intervention d'un acte de régularisation

680. Régularisation. Le terme de régularisation désigne à la fois l'opération par laquelle un élément donné est rendu *a posteriori* conforme aux règles de droit, et le résultat de cette opération¹²⁹⁵. Ainsi comprise, la notion de régularisation renvoie à une réalité juridique connue au moins de manière intuitive en droit public et mise en lumière par une série de travaux et de réflexions menés par la doctrine et les membres de la juridiction administrative¹²⁹⁶ : dans sa thèse consacrée à la régularisation en droit administratif, William Gremaud définit ainsi la régularisation, de manière extensive, comme « *tout procédé de consolidation d'un acte ou d'une situation par suppression de l'illégalité qui l'atteint* »¹²⁹⁷.

681. Régularisation de situation. Il est admis de manière relativement classique que la régularisation peut porter sur une situation¹²⁹⁸ : il s'agit alors de rendre « *conforme à l'ordonnancement juridique* »¹²⁹⁹ une situation factuelle, initialement illégale et donc précaire, par l'édition, « *pour la première fois* »¹³⁰⁰, d'un titre juridique valide. Elle s'illustre

1294 Il est notable que la substitution de motif ne puisse être demandée par le bénéficiaire d'un acte administratif : v. l'arrêt CAA Nancy, 22 septembre 2011, n° 10NC01569, dans lequel est écartée la demande d'un salarié protégé tendant à ce qu'un motif soit substitué afin de confirmer la décision de refus d'autorisation de licenciement le concernant.

1295 Alix PERRIN, « La régularisation – propos introductifs » in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, p. 9 ; Audrey BACHERT, « La régularisation des actes administratifs », *RDP* 2019, n° 1, p. 4.

1296 V. sur ce sujet la thèse pionnière de Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, LGDJ, 1981, ainsi que celle de William GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, LGDJ, 2021 ; V. également : Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *Jcp A* 2015, n° 30-34, étude 2245 ; Vincent DAUMAS, « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2019, p. 289, concl. sur CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Emerainville* ; Alix PERRIN (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, 2018 ; Jean-Marie WOEHLING, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *RFAP* 2004, n° 111, p. 533.

1297 William GREMAUD, *op. cit.*, p. 21.

1298 En ce sens, Jean-Jacques ISRAEL, *op. cit.*, p. 3.

1299 Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, *id.*

1300 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016, p. 1859.

notamment par la délivrance d'un titre de séjour régulier à un étranger qui n'en disposait pas, ou d'un permis de construire après le début des travaux¹³⁰¹. Dans un tel cas, la régularisation poursuit l'objectif de *prévenir* la remise en cause d'une *situation de fait*. Cette modalité de la régularisation, qui relève moins directement de la problématique de la stabilité des *situations juridiques* en général et de l'évitement de la sanction juridictionnelle de l'illégalité des actes juridiques, ne sera pas abordée au cours des développements suivants, qui seront consacrés à la régularisation des actes juridiques.

682. Régularisation d'acte. La période contemporaine a ainsi mis en évidence que la régularisation pouvait porter sur un acte juridique vicié. La régularisation d'acte est un phénomène dont l'existence est bien admise mais dont l'identification se heurte encore à la « *profonde hétérogénéité* » des mécanismes¹³⁰². Le terme de régularisation implique la « *correction* »¹³⁰³ d'un acte dont l'illégalité est constatée, afin d'en préserver les effets. En ceci, la régularisation d'acte constitue un procédé spécifique qui se distingue d'autres techniques juridiques permettant, notamment, de nier une illégalité ou bien de la neutraliser afin d'éviter une annulation. Si, par essence, la régularisation d'acte semble devoir être entreprise « *à titre préventif* »¹³⁰⁴ en tant qu'« *alternative à la disparition d'un acte vicié* »¹³⁰⁵, il n'est pas exclu que la régularisation intervienne « *à titre curatif, c'est-à-dire après l'annulation de cet acte* »¹³⁰⁶. Dès lors que l'acte annulé a cessé d'exister, il paraît cohérent de considérer qu'une telle configuration relève de la logique de la régularisation *a posteriori* d'une situation¹³⁰⁷. Néanmoins, la « *régularisation de l'acte annulé* »¹³⁰⁸ obéit à une logique qui s'apparente davantage à celle de la régularisation préventive dès lors qu'elle vise, comme elle, à « *parer aux effets dévastateurs de l'annulation contentieuse* »¹³⁰⁹ et à préserver une situation instituée par un acte juridique, ce qui la distingue d'autant plus de la régularisation d'une pure situation de fait.

1301 CE, 20 octobre 1965, n° 60997, *Guérin*, rec. p. 537.

1302 William GREMAUD, *op. cit.*, p. 537.

1303 Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7^e ed., p. 409.

1304 Vincent DAUMAS, *id.*

1305 Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, *id.*

1306 Vincent DAUMAS, *id.* ; v. également Audrey BACHERT, *id.*, qui examine les hypothèses de régularisation curative au titre de l'étude de la régularisation d'acte.

1307 En ce sens, v. Bernard QUIRINY, « Régularisation des actes et régularisation des situations », in *La régularisation*, *op. cit.*, pp. 89-90.

1308 Pascale GONOD, « La régularisation de l'acte administratif par le juge administratif », in *La régularisation*, *op. cit.*, p. 226.

1309 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

683. Plusieurs auteurs ont proposé des définitions du procédé de la régularisation d'acte. Elise Langelier et Aurélie Viroit-Landais le décrivent comme « *la confirmation de l'acte par correction de l'irrégularité l'entachant* »¹³¹⁰, et soulignent que « *l'instrumentum initial est maintenu – et non remplacé par un nouveau* »¹³¹¹. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Emerainville*, Vincent Daumas insiste pour sa part sur l'absence d'incidence de la régularisation sur l'acte qui en est l'objet, et décrit cette technique comme « *une démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité, afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice, sans les modifier (...) c'est-à-dire sans que le sens ou le dispositif de l'acte vicié soit en rien changé* »¹³¹². Audrey Bachert présente quant à elle l'effet temporel de la régularisation comme un élément distinctif, et définit cette technique comme « *l'opération d'adoption d'un acte administratif venant supprimer rétroactivement les irrégularités d'un acte initial et évitant la disparition de la majorité de ses effets passés et futurs* »¹³¹³.

684. Retenant une acception plus large et transversale de la notion de régularisation, William Gremaud l'envisage comme un concept « *neutre* » applicable selon les mêmes modalités à l'égard des situations que des actes irréguliers. Il rejoint ainsi les thèses précédentes en affirmant que « *l'action de régulariser comporte deux aspects : d'une part la suppression du vice dont un acte ou une situation sont atteints, d'autre part la consolidation de cet acte ou de cette situation* »¹³¹⁴ : la régularisation d'acte suppose ainsi la *correction* d'un acte irrégulier en vue de son *maintien*. Il s'en écarte, en revanche, en démontrant, d'une part, que la régularisation d'acte n'est pas nécessairement un procédé rétroactif et, d'autre part, qu'elle est susceptible de recouvrir des hypothèses de modification du contenu de l'acte, sous réserve qu'elle n'en « *altère pas les caractéristiques essentielles* » et « *qu'elle soit seulement motivée par un but correcteur* »¹³¹⁵.

1310 *Ibid.*

1311 Selon ces auteurs, la notion de régularisation devrait être entendue strictement comme « *exclusivement à l'initiative de l'auteur de l'acte litigieux* » afin de mieux circonscrire le concept. Ce choix de définition tend ainsi à exclure de son champ des procédés tels que les substitutions de motifs ou de base légale opérées par le juge, bien qu'elles puissent être considérées comme des techniques de régularisation prétorienne d'acte au regard de leurs effets et de leur finalité (en ce sens, v. William GREMAUD, *op. cit.*, pp. 347 et s.).

1312 Vincent DAUMAS, « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2019, p. 289, concl. sur CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Emerainville*.

1313 Audrey BACHERT, *id.*, p. 6.

1314 William GREMAUD, *op. cit.*, pp. 19-20.

1315 *Id.*, p. 170.

685. L'acceptation plus vaste de la notion de régularisation proposée par M. Gremaud permet de relier entre eux les différents procédés de régularisation d'acte institués par le législateur et dégagés par la jurisprudence. Caractérisés par une grande diversité, ils ont en commun de reposer sur une forte coopération entre l'auteur de l'acte et le juge chargé de son contrôle. Si la régularisation d'acte est, en toute hypothèse, finalement opérée par l'administration, cette technique intéresse le juge au premier chef et influence profondément l'évolution de sa fonction. Il peut en effet se trouver à l'origine du processus en *permettant* à l'administration de régulariser l'acte vicié au moyen de différents procédés visant à conférer un caractère conditionnel à l'annulation, qui interviendra ou qui produira ses effets sous réserve d'une régularisation (§ 1). Par ailleurs, le développement des hypothèses de régularisation et des configurations sous lesquelles cette technique peut se décliner participe au mouvement de transformation de son office et de son rapport au principe de légalité (§ 2).

§ 1 - Le développement d'un pouvoir d'annulation conditionnelle permettant la régularisation d'acte

686. Le concept d'annulation conditionnelle renvoie à une idée simple à énoncer : il s'agit de subordonner l'annulation d'un acte à la réalisation d'une condition. Le plus souvent, l'annulation sera ainsi conditionnée à l'absence d'adoption de mesures de régularisation à l'échéance d'un certain délai.

687. Emergence de l'idée d'annulation conditionnelle. L'apparition de cette idée dans le discours doctrinal semble dater du début des années 2000 et il est fréquemment considéré qu'elle est évoquée pour la première fois par le commissaire du gouvernement Francis Lamy dans ses conclusions sur l'arrêt de section *Vassilikiotis* du 29 juin 2001¹³¹⁶. Dans cet arrêt, le juge était confronté à une difficulté résultant de l'application des « *méthodes classiques de l'excès de pouvoir* »¹³¹⁷ à un cas d'illégalité caractérisée par une omission contraire aux règles du droit de l'Union européenne. En l'espèce, l'arrêté interministériel fixant les conditions de délivrance de la carte professionnelle des guides des musées et monuments historiques, qui prévoyait la liste des diplômes nationaux ouvrant droit à son obtention, méconnaissait le principe européen de libre prestation de service en tant qu'il ne définissait pas les conditions dans lesquelles les guides titulaires de diplômes délivrés par d'autres Etats de l'Union européenne pouvaient exercer leur profession sur le territoire français. Afin de « *sanctionner*

1316 CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, rec. p. 303, concl. Francis LAMY ; *AJDA* 2001, p. 1046, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN.

1317 Francis LAMY, *id.*

l'illégalité en portant le moins possible atteinte à ce qui en soi n'[était] pas illégal et qui [devait] être préservé», le commissaire du gouvernement suggérait plusieurs solutions innovantes, parmi lesquelles l'« *annulation conditionnelle de l'acte attaqué* »¹³¹⁸. Selon lui, une telle annulation aurait impliqué que l'arrêté attaqué soit « *déclaré illégal* », mais que son annulation ne prenne pas effet dès lors qu'il aurait été complété par l'autorité compétente conformément aux règles supérieures dans un délai fixé par le juge. De son propre aveu, cette « *combinaison* » inédite de pouvoirs déjà reconnus au juge de l'annulation, notamment ceux de prononcer des jugements provisoires et des injonctions, ne convenait toutefois pas exactement à l'espèce, dans laquelle l'administration était « *tenue, en vertu de normes supérieures, de prendre le dispositif litigieux* ». En effet, l'annulation conditionnelle paraissait plus adaptée aux cas dans lesquels « *l'omission illégale litigieuse concerne un dispositif (...) que l'autorité compétente avait la liberté de créer ou de ne pas créer* ». Pour cette raison, la solution de l'annulation conditionnelle devait être écartée par le commissaire du gouvernement au profit d'une annulation partielle « *en tant que ne pas* » assortie d'une « *injonction prétorienne* »¹³¹⁹, permettant d'indiquer très clairement dans les motifs de la décision les modalités selon lesquelles l'administration devra l'exécuter¹³²⁰.

688. Emergence de la technique de l'annulation conditionnelle. Après avoir été écarté pour le règlement de l'affaire *Vassilikiotis*, le procédé de l'annulation conditionnelle ne semble pas avoir été concrétisé sous une forme qui corresponde exactement aux ébauches tracées par les conclusions de Francis Lamy. Différents mécanismes relativement proches ont cependant été mis en œuvre par le juge ou institués par le législateur au cours des années suivantes. Si la doctrine a pu qualifier certains d'entre eux d'annulation conditionnelle, plusieurs auteurs ont défendu une conception stricte de cette technique, conforme à l'esprit de la proposition du commissaire du gouvernement Lamy, et ont proposé de la distinguer d'autres modalités

1318 Deux modalités étaient envisagées par le commissaire du gouvernement. La première aurait impliqué qu'un jugement provisoire prononce l'annulation conditionnelle, éventuellement limitée à la partie illégale et divisible d'un acte, avant qu'un jugement définitif décide de la confirmer ou non. La seconde, adaptée à l'espèce et à la configuration de l'illégalité « *en tant que ne pas* », aurait consisté en une annulation de l'omission susceptible d'être étendue à la totalité de l'acte au terme d'un certain délai. L'administration aurait ainsi été mise face à une alternative entre la correction de l'acte dans le sens de la légalité, ou l'accomplissement de l'annulation à l'échéance du délai.

1319 Camille BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* 2004, n° 3, chron. 6.

1320 L'association de l'annulation « *en tant que ne pas* » à une telle indication prétorienne des conséquences de la décision peut d'ailleurs considérée comme une technique de régularisation d'acte, car plutôt que d'anéantir une décision illégale, le juge enjoint à ce qu'il soit mis en conformité avec les exigences du droit européen. Il semble également possible de soutenir, au contraire, que l'arrêt *Vassilikiotis* ne correspond pas à une hypothèse de régularisation d'acte si cette notion est comprise comme excluant une altération du dispositif de l'acte.

originales d'annulation permettant l'exercice du pouvoir de régularisation, telle que « l'annulation aux effets différés »¹³²¹ expérimentée dans l'arrêt *Titran*, parfois désignée par l'expression d'annulation « conditionnée »¹³²².

689. Malgré les différences entre ces techniques, leur finalité commune et le développement contemporain des configurations dans lesquelles la régularisation d'un acte peut être envisagée peuvent conduire à réévaluer la pertinence d'une conception stricte de la notion d'annulation conditionnelle. Il semble en effet que, dans un nombre d'hypothèses croissant et selon des modalités variables, l'annulation est prononcée ou produit ses effets sous réserve de régularisation. Or, l'expression d'annulation conditionnelle présente un caractère trop général pour désigner spécifiquement un type d'annulation sous réserve de régularisation à l'exclusion d'autres. Elle implique bien que l'anéantissement de l'acte est soumis à une condition, mais il est impossible de déterminer précisément ce que cette condition concerne : l'annulation conditionnelle pourrait être celle dont le prononcé final, après un sursis, est soumis à l'absence de régularisation ; elle pourrait également être celle qui, après avoir été prononcée, ne déploiera tous ses effets qu'à la condition qu'aucune régularisation n'intervienne ; elle pourrait encore être celle qui, après avoir produit ses effets, peut être neutralisée à la condition qu'une régularisation de l'acte annulé intervienne pour le remettre en vigueur rétroactivement. Dès lors, il est proposé de retenir une conception large de l'annulation conditionnelle, simplement entendue comme l'hypothèse dans laquelle *l'anéantissement de l'acte vicié est conditionné à l'absence d'une régularisation*, et d'identifier plusieurs déclinaisons de cette technique. L'annulation à prononcé conditionnel (**A**), l'annulation à exécution conditionnelle (**B**) et l'annulation à neutralisation conditionnelle (**C**) seront étudiées successivement.

A - L'annulation à prononcé conditionnel

690. L'annulation peut revêtir un caractère conditionnel en ce que son prononcé est conditionné à l'absence de mesure de régularisation de l'acte vicié. L'annulation à prononcé conditionnel paraît exiger le recours à une technique de jugement avant dire droit afin d'adresser à l'auteur de l'acte un avertissement sur son illégalité, de lui indiquer la possibilité d'une régularisation et de préciser que l'acte sera annulé ultérieurement à défaut de correction adéquate.

1321 Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963 ; Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 345.

1322 Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, p. 370.

691. Démarche en deux temps. L'annulation conditionnelle envisagée par Francis Lamy dans ses conclusions sur l'arrêt *Vassilikiotis* repose sur une telle démarche en deux temps : selon lui, « *un jugement provisoire ou avant dire-droit qui prononcerait l'annulation conditionnelle* » précéderait « *un jugement définitif qui l'entérinerait ou y mettrait fin* ». A l'issue du premier jugement, l'acte serait « *déclaré illégal* », mais il serait précisé dans le dispositif que « *l'annulation ne prendrait pas effet dès lors que l'arrêté aurait été complété pour se conformer à la légalité* », dans un délai déterminé par le juge¹³²³. Bien que cette construction théorique implique le prononcé d'une annulation conditionnelle dans le jugement avant dire droit, qui « *serait donc en réalité un jugement mixte* »¹³²⁴, il paraît pertinent de la classer dans la catégorie des annulations à prononcé conditionnel dans la mesure où le prononcé de l'annulation définitive par le second jugement est techniquement conditionné à l'absence de régularisation postérieure au jugement avant dire droit.

692. Dans la lignée des conclusions du commissaire du gouvernement Lamy, c'est généralement à travers cette démarche en deux temps et le report du prononcé de l'annulation que la doctrine a défini la conception stricte de l'annulation conditionnelle. Le professeur Florent Blanco souligne ainsi que l'annulation conditionnelle suppose de « *différ[er] dans le temps* » l'acte juridictionnel d'annulation, qui « *ne prendra effet qu'à défaut d'intervention de l'administration dans le sens déterminé par le juge* »¹³²⁵. Dans sa thèse, Damien Connil indique dans le même sens que « *l'annulation conditionnelle permet d'éviter la rétroactivité grâce à une annulation différée dans le temps qui n'est effective que si la condition posée par le juge pour l'éviter n'est pas accomplie* »¹³²⁶. Il précise que ce procédé « *consiste pour le juge, d'abord, à relever une illégalité et surseoir à statuer pour octroyer un délai de régularisation de la situation litigieuse puis, à l'issue de ce délai, constater ou bien la régularisation effective auquel cas l'annulation n'est pas prononcée ou bien l'absence de régularisation de sorte que le dispositif d'annulation est alors adopté* »¹³²⁷.

693. Préfigurée par la jurisprudence dans les années 2000, cette technique a été consacrée en contentieux de l'urbanisme par l'ordonnance de 2013 avant d'être transposée dans d'autres branches, sous l'influence du législateur comme du juge administratif lui-même (1). Alors que les dispositifs sectoriels organisant cette modalité de l'annulation n'ont pas fait l'objet, en

1323 Francis LAMY, *id.*

1324 Audrey BACHERT, *id.*

1325 Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010, p. 345.

1326 Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, p. 369.

1327 *Id.*, p. 371.

droit interne, d'un contrôle de constitutionnalité, l'exemple du droit belge renseigne sur leur conformité à l'égard de plusieurs principes supérieurs (2).

1 - Le développement sectoriel des procédés d'annulation à prononcé conditionnel

694. Expérimentation jurisprudentielle en contentieux de l'urbanisme. La doctrine s'accorde pour considérer qu'un jugement *Dubruque* rendu en 2005 par le tribunal administratif d'Amiens a pu constituer la première mise en œuvre de l'annulation conditionnelle¹³²⁸, dans l'acception stricte, bien que la technique employée dans cette espèce se distingue par certains caractères de celle qu'envisageait le commissaire du gouvernement Lamy. Il semble en conséquence que ce jugement puisse être considéré comme la première illustration de l'annulation à prononcé conditionnel en droit interne. Le tribunal était alors saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire des logements sociaux, auquel il était notamment fait grief de méconnaître le plan d'occupation des sols (POS) de la commune d'Amiens, faute d'avoir prévu l'implantation d'écrans boisés autour de places de stationnement. Après avoir écarté l'ensemble des moyens à l'exception de celui-ci, le tribunal avait, par un jugement avant dire droit du 24 mai 2005, décidé de surseoir à statuer pendant un mois « *afin de permettre (...) au pétitionnaire de déposer, s'il le juge utile, une demande de permis de construire modificatif* ». Le jugement relevait l'existence d'un « *intérêt général reconnu par la loi* » tenant à la création de logements sociaux, et soulignait que le moyen tiré de la méconnaissance du POS était « *susceptible de conduire à l'annulation du permis de construire* », afin de déduire qu'il y avait lieu « *d'examiner la possibilité de régulariser cet acte* ». Un jugement du 5 juillet 2005 est venu tirer les conséquences de l'intervention de la mesure de régularisation que la commune avait été invitée à adopter : le tribunal relève que « *le projet de plantations des aires de stationnement tel qu'il figure au dossier présenté le 31 mai 2005 et qui a fait l'objet d'un permis modificatif respecte les exigences contenues aux dispositions (...) du plan d'occupation des sols de la commune* », et rejette la requête après avoir constaté qu'aucun moyen n'était dirigé contre le permis modificatif¹³²⁹.

1328 En ce sens, Fabrice MELLERAY, « L'annulation conditionnelle d'un permis de construire », *AJDA* 2005, p. 2416, cette opinion étant partagée par le professeur Florent Blanco et M. Damien Connil (v. les références précitées).

1329 Ce mode opératoire a été reproduit par d'autres juridictions : TA Lille, 27 janvier 2011, n° 1001030, *Association « les 2sous du Grand Stade »*.

695. Régularisation spontanée de permis de construire. Le mode opératoire du tribunal administratif d'Amiens ne saurait être complètement assimilé à celui que suggérait Francis Lamy dans la mesure où le jugement avant dire droit n'a pas formellement prononcé une annulation conditionnelle du permis litigieux, qui n'a pas été déclaré illégal, bien qu'il soit tout de même relevé que le vice identifié pouvait conduire à une annulation. Sous cette réserve mineure, la technique employée est extrêmement proche de la « *construction très novatrice* »¹³³⁰ qui avait été ébauchée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Lamy. Le domaine du contentieux de l'urbanisme se prêtait sans doute à une telle expérimentation, dès lors qu'il était déjà familier de la possibilité d'une régularisation préventive des autorisations d'urbanisme. Dans l'arrêt *SARL Séri* de 1994, le Conseil d'État avait en effet admis que la délivrance d'un permis de construire modificatif pouvait régulariser en cours d'instance une illégalité de fond : le juge avait ainsi écarté un moyen tiré de la violation des règles relatives à la hauteur des constructions en relevant que « *le permis modificatif délivré à la société SERI le 24 mars 1986 par le maire de Verdun assure le respect de ces règles* »¹³³¹. En 2004, l'arrêt *SCI La Fontaine de Villiers* a formalisé et étendu cette possibilité de régularisation, en précisant qu'elle pouvait également porter sur des vices procéduraux¹³³². Le juge indique ainsi que « *lorsqu'un permis de construire a été délivré en méconnaissance des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'utilisation du sol ou sans que soient respectées des formes ou formalités préalables à la délivrance des permis de construire, l'illégalité qui en résulte peut être régularisée par la délivrance d'un permis modificatif dès lors que celui-ci assure le respect des règles de fond applicables au projet en cause, répond aux exigences de forme ou a été précédé de l'exécution régulière de la ou des formalités qui avaient été omises* ». Il résulte de l'édition d'un tel permis modificatif que « *les irrégularités ainsi régularisées ne peuvent plus être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le permis initial* ».

696. Au nom de la protection de la stabilité des situations juridiques et de « *considérations de pragmatisme* »¹³³³, la possibilité qu'un permis modificatif vienne régulariser une illégalité interne ou procédurale en cours d'instance marquait déjà une prise de distance à l'égard du principe selon lequel, en contentieux pour excès de pouvoir, la légalité de la décision contestée

1330 Francis LAMY, *id.*

1331 CE, 9 décembre 1994, n° 116447, *SARL Séri*, rec. T. p. 1262.

1332 CE, 2 février 2004, n° 238315, *SCI La Fontaine de Villiers*, rec. T. p. 914

1333 Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre. Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Mme Cécile Duflot, Ministre de l'Égalité des territoires et du Logement (Rapport Labetoulle), p. 12.

est appréciée à la date de son édicition¹³³⁴. Cet éloignement est justifié par la fiction de l'incorporation ou de la substitution du permis modificatif au permis initial. En effet, un permis modificatif est considéré comme un acte opérant la modification de l'étendue d'un droit déjà reconnu par le permis initial, mais pas comme un acte reconnaissant un nouveau droit de construire. Dès lors que le permis initial assimile le permis modificatif, le juge apprécie toujours la légalité de la décision contestée à la date de son édicition, en tenant compte toutefois de la régularisation rétroactive opérée par l'administration.

697. Consécration législative en contentieux de l'urbanisme. Parallèlement à la reconnaissance jurisprudentielle de la possibilité de régulariser des permis de construire en cours d'instance, un contexte législatif favorable au développement de la technique de l'annulation conditionnelle en matière d'urbanisme s'est fait jour. Le rapport Pelletier avait notamment formulé dès 2005 une proposition en ce sens¹³³⁵, non retenue par la loi ENL. C'est finalement dans la lignée du rapport Labetoulle¹³³⁶ que le législateur, par l'ordonnance du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, a institué à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme un mécanisme d'annulation à prononcé conditionnel permettant la régularisation de permis de construire en cours d'instance. Aux termes de cet article, dans sa rédaction issue de la loi ELAN du 23 novembre 2018, le juge administratif qui, saisi d'un recours contre une autorisation individuelle d'urbanisme « *estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé, sursoit à statuer; après avoir invité les parties à présenter leurs observations, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation, même après l'achèvement des*

1334 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 226 ; v. cependant les exceptions à ce principe instituées par les arrêts CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, 424217, *Association des Américains Accidentels*, RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET, CE, 28 février 2020, n° 433886, *M. Stassen*, RFDA 2020, p. 469, concl. Guillaume ODINET et CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres*, RFDA 2022, p. 51, concl. Sophie ROUSSEL. Cf. supra, Section 1, § 1, B. ainsi que infra, Titre 2, Chapitre 1.

1335 Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme, rapport remis au garde des Sceaux, Ministre de la Justice et au Ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe Pelletier, 25 janvier 2005 (Rapport Pelletier), proposition n° 29 : « *Donner au juge administratif la faculté de moduler les effets d'une décision d'annulation par le prononcé (...) d'une annulation conditionnelle : à défaut de régularisation dans un certain délai des vices régularisables de légalité externe, l'annulation prend effet ; l'annulation est dans l'intervalle différée avec une suspension provisoire de l'autorisation* ». Le mécanisme ne paraissait cependant pas relever nettement d'une logique d'annulation à prononcé conditionnel : le groupe de travail indique en effet qu'il serait « *souhaitable que le juge puisse décider que l'annulation prononcée ne produira ses effets qu'à défaut de régularisation, dans le délai imparti par lui, étant précisé que, jusqu'à l'intervention de cette régularisation, l'autorisation illégale serait provisoirement suspendue* » (p. 59, souligné par nous).

1336 Rapport Labetoulle, *op. cit.*, proposition n° 3, p. 14.

travaux. Si une mesure de régularisation est notifiée dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations. (...) ».

698. Ce mécanisme, qui « n'emporte aucune annulation du permis »¹³³⁷ tant que le juge n'a pas constaté l'absence des mesures de régularisation nécessaires et qui relève donc pleinement de l'annulation à prononcé conditionnel, s'apparente nettement au mode opératoire suivi par le tribunal administratif d'Amiens. Il est en effet nécessaire pour le juge, d'une part, d'écarter les autres moyens et, d'autre part, d'identifier le caractère régularisable du vice provoquant l'illégalité de l'acte. A la différence du jugement *Dubruque*, l'article L. 600-5-1 n'exige pas l'existence d'un motif d'intérêt général particulier pour justifier le sursis à statuer, de telle sorte que son application est plus souple. Sur le plan technique, cette possibilité de régulariser des autorisations d'urbanisme illégales présente un certain intérêt dès lors que, s'agissant de décisions créatrices de droit, leur retrait est empêché par les dispositions de l'article L. 242-1 du CRPA, codifiant la jurisprudence *Ternon*.

699. Alors que le juge envisageait le pouvoir de surseoir à statuer comme une « faculté »¹³³⁸ institué par l'article L. 600-5-1 dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2013, il résulte de la loi ELAN que la mise en œuvre de cette technique revêt, lorsque les conditions en sont réunies, un caractère obligatoire. Cette disposition législative amène ainsi le juge administratif à « jouer un rôle particulièrement actif »¹³³⁹ dans le processus de régularisation des autorisations individuelles d'urbanisme.

700. Déclinaisons. Ce mécanisme de régularisation après un sursis à statuer a été étendu par le législateur au sein et au-dehors du contentieux de l'excès de pouvoir et du domaine de l'urbanisme, dont il est originaire.

701. Documents d'urbanisme. En 2014, la loi ALUR a ainsi institué au premier alinéa de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme¹³⁴⁰ une disposition similaire, adaptant le mécanisme

1337 Rozen NOGUELLOU, *id.*, p. 120.

1338 CE avis, 18 juin 2014, n° 376760, *Société Batimalo*.

1339 Rozen NOGUELLOU, « La régularisation en droit de l'urbanisme », in *La régularisation*, *op. cit.*, p. 127.

1340 Art. L. 600-9 c. urb. : « Si le juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre un schéma de cohérence territoriale, un plan local d'urbanisme ou une carte communale, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'une illégalité entachant l'élaboration ou la révision de cet acte est susceptible d'être régularisée, il peut, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation et pendant lequel le document d'urbanisme reste applicable, sous les réserves suivantes : / 1° En cas d'illégalité autre qu'un vice de forme ou de procédure, pour les schémas de cohérence territoriale et les plans locaux d'urbanisme, le sursis à statuer ne peut être prononcé que si l'illégalité est susceptible d'être régularisée par une procédure de

de l'article L. 600-5-1 au contentieux des documents d'urbanisme¹³⁴¹. Cet article permet au juge de surseoir à statuer, dans les mêmes conditions, afin de permettre la régularisation d'une « *illégalité entachant l'élaboration ou la révision* » d'un SCOT, d'un PLU ou d'une carte communale, en prévoyant des modalités distinctes pour les illégalités résultant de vices de forme ou de procédure ou les autres illégalités¹³⁴².

702. Autorisations environnementales. Plutôt que de se développer de manière générale en contentieux de l'excès de pouvoir après avoir émergé au sein du contentieux de l'urbanisme, la technique de l'annulation à prononcé conditionnel a été exportée vers le contentieux de pleine juridiction. En 2017, l'ordonnance relative à l'autorisation environnementale a créé, à l'article L. 181-18 du code de l'environnement, un dispositif en tout point similaire permettant au juge de plein contentieux de surseoir à statuer lorsque l'illégalité de l'autorisation contestée est susceptible d'être régularisée par une autorisation modificative. Le mécanisme issu de l'article L. 600-5-1 semblait pouvoir s'acclimater sans peine à un contentieux de pleine juridiction touché par des problématiques proches de celles de l'urbanisme, telles que la complexité des procédures et la forte attente de stabilité exprimée par les bénéficiaires des autorisations exposées aux recours de tiers. Ce phénomène relativement original de translation d'une technique issue de l'excès de pouvoir vers le plein contentieux souligne une fois encore la particularité du contentieux de l'urbanisme et l'exorbitance des prérogatives confiées au juge de l'excès de pouvoir dans ce domaine. Cette convergence des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction permet surtout de mesurer à quel degré de profondeur l'essor des techniques de régularisation en cours d'instance transforme l'office du juge administratif de la légalité, dans l'objectif d'un renforcement de la stabilité des situations juridiques.

703. Arrêtés de déclaration d'utilité publique. Enfin, de manière purement prétorienne, le Conseil d'État a transposé le mécanisme de l'annulation à prononcé conditionnel au contentieux de l'arrêté de déclaration d'utilité publique par l'arrêt *Commune de Grabels* du 9

modification (...); / 2° En cas d'illégalité pour vice de forme ou de procédure, le sursis à statuer ne peut être prononcé que si l'illégalité a eu lieu, pour les schémas de cohérence territoriale et les plans locaux d'urbanisme, après le débat sur les orientations du projet d'aménagement et de développement durables. »

1341 Philippe BILLET, « ALUR et contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2014, n° 37, 2264.

1342 Dans l'arrêt de section *Commune de Sempy* du 22 décembre 2017 (n° 395963, *RFDA* 2018, p. 357, concl. Julie BURGUBURU, *Jcp A* 2018, n° 18, p. 15, com. Olivier LE BOT), le Conseil d'État a précisé que le juge n'était toutefois pas tenu de surseoir à statuer dans le cas où l'administration produit spontanément des éléments visant à la régularisation d'un vice de forme ou de procédure, à condition qu'ils aient fait l'objet d'un débat contradictoire et que le juge les considère comme « *suffisants pour permettre (...) de regarder le vice comme ayant été régularisé* ».

juillet 2021¹³⁴³. Dans cette espèce, le juge avait été amené à constater que l'arrêté litigieux était entaché d'une illégalité procédurale : ainsi, contrairement aux exigences de la directive européenne du 13 décembre 2011 relative à l'évaluation environnementale, le service ayant délivré un avis environnemental sur le projet en cause ne disposait pas d'une autonomie réelle à l'égard du préfet qui disposait de la compétence pour l'autoriser. Malgré l'absence de fondement législatif, mais sans prétendre révéler un « *principe général régissant l'office du juge* », le rapporteur public Sophie Roussel a invité la formation de jugement à consacrer une nouvelle hypothèse d'annulation conditionnelle en vue de régularisation en soulignant que « *le législateur n'est pas opposé à ce type de dispositifs et même que, chaque fois qu'il en a l'occasion, il les étend* ». Le dispositif organisé par le juge s'inspire très fidèlement du modèle des dispositions du code de l'urbanisme et du code de l'environnement, en reprenant les obligations d'examiner l'ensemble des moyens et d'inviter les parties à présenter des observations avant de surseoir à statuer et après la notification d'une mesure de régularisation.

704. La reproduction jurisprudentielle des dispositifs législatifs indique de manière implicite que le Conseil d'État n'a aucun doute quant à leur conformité aux principes supérieurs et aux droits fondamentaux. En droit comparé, l'exemple de la Belgique témoigne pourtant que ce mécanisme peut susciter des interrogations au regard du droit fondamental à un recours effectif et de l'impartialité du juge administratif.

2 - Le contrôle des dispositifs d'annulation à prononcé conditionnel

705. Boucle administrative. L'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme peut être comparé à un mécanisme de droit administratif belge, la boucle administrative, introduit dans les législations régionale et fédérale dans la première moitié des années 2010 avant d'être censuré par la Cour constitutionnelle¹³⁴⁴.

706. Boucle flamande. Inspirée de la *bestuurlijke lus* néerlandaise, la boucle administrative a d'abord été intégrée à l'article 4.8.4. du code flamand de l'aménagement du territoire par un décret adopté en 2012 par le législateur régional. Cette disposition permettait au Conseil flamand pour la contestation des autorisations, une juridiction administrative spécialisée

1343 CE, 9 juillet 2021, n° 437634, *Commune de Grabels*, RFDA 2021, p. 932, concl. Sophie ROUSSEL ; RDI 2021, p. 537, note René HOSTIOU ; Jcp A 2021, act. 476, obs. Lucienne ERSTEIN. V. également l'arrêt CE, 21 juillet 2022, n° 437634, *Commune de Grabels*, faisant suite au sursis à statuer et précisant le régime contentieux de la mesure de régularisation.

1344 Dominique LAGASSE, Béatrice GRIBOMONT, « Exit la boucle administrative ? », *Administration Publique* 2016, n° 3, p. 251 ; David RENDERS, « La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ? », *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2014, n° 25, p. 1201.

compétente en matière d'aménagement du territoire, d'inviter par un arrêt interlocutoire l'auteur d'une autorisation à réparer rétroactivement une irrégularité identifiée par le juge dans un délai fixé par lui, l'accomplissement de la réparation par l'autorité compétente permettant d'éviter l'annulation et de maintenir l'acte devenu légal. Comme l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, la boucle administrative flamande aspirait ainsi à faire l'économie d'annulations jugées inutiles et à renforcer la sécurité juridique des bénéficiaires des autorisations d'aménagement.

707. Boucle fédérale. A l'occasion de la réforme de 2014, la boucle administrative a été intégrée par le législateur fédéral à l'article 38 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Le texte, plus long et précis que celui de l'article 4.8.4. du code flamand de l'aménagement du territoire, instituait un mécanisme en tout point comparable à la boucle flamande et qui poursuivait les mêmes finalités, en particulier celle d'éviter de prononcer l'annulation d'actes entachés d'illégalités formelles ou procédurales mais dont le bien-fondé n'était pas remis en cause afin d'en permettre le maintien¹³⁴⁵. Il prévoyait ainsi que, en cas de recours en annulation et sous un certain nombre de conditions¹³⁴⁶, « *la section du contentieux administratif peut charger la partie adverse, par voie d'arrêt interlocutoire, de corriger ou de faire corriger un vice dans l'acte ou le règlement attaqué* ». Suivant cet arrêt interlocutoire, et après que les parties ont été mises à même de présenter des observations sur l'utilisation de ce mécanisme, deux situations étaient envisagées par le texte : « *si le vice a été complètement corrigé, la boucle administrative opère avec effets rétroactifs et le recours est rejeté* » ; en revanche, si le juge constate que « *le vice n'a pas été complètement corrigé ou que la correction est entachée de nouveaux vices, l'acte ou le règlement corrigé, ou, le cas échéant, le nouvel acte ou le nouveau règlement, est annulé* ».

708. Inconstitutionnalité des boucles flamande et fédérale. Critiqués en raison de l'atteinte qu'ils semblaient porter au principe de la séparation des fonctions administrative et juridictionnelle, les deux mécanismes ont été contestés devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci a d'abord censuré la boucle flamande par un arrêt du 8 mai 2014¹³⁴⁷, avant qu'un recours introduit vingt jours plus tard ne lui donne l'occasion de transposer son raisonnement *mutatis mutandis* à la boucle fédérale dans un arrêt du 16 juillet 2015¹³⁴⁸. Dans cette dernière décision,

1345 V. Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 405.

1346 V. sur ce point David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, Larcier, 2020, pp. 247-248 et s.

1347 Cour Const. belge, 8 mai 2014, n° 74/2014.

1348 Cour Const. belge, 16 juillet 2015, n° 103/2015.

par une motivation identique à celle de l'arrêt de 2014, la Cour estime que « *le contrôle juridictionnel qu'exerce le Conseil d'Etat constitue un contrôle de la légalité externe et interne* » et que le juge administratif « *ne peut pas se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions* ». Elle ajoute qu'« *il n'appartient pas au juge mais à l'administration de déterminer le contenu d'une décision discrétionnaire, plus précisément comme suite à la réparation de l'irrégularité* » : ainsi, « *l'organe administratif accordant l'autorisation peut décider de ne pas recourir à la possibilité d'appliquer la boucle administrative, notamment lorsqu'il estime que la réparation de l'irrégularité est susceptible d'avoir une incidence sur le contenu de la décision attaquée* ». La Cour conclut à l'inconstitutionnalité de l'article 38 des lois sur le Conseil d'État eu égard à plusieurs motifs. Elle juge ainsi, notamment, que le mécanisme litigieux « *porte une atteinte discriminatoire au principe de l'indépendance et de l'impartialité du juge* » dès lors qu'il permet au Conseil d'État « *lorsque celui-ci propose l'application de la boucle administrative, de faire connaître son point de vue sur l'issue du litige* ». Par ailleurs, elle relève qu'« *en ne prévoyant pas la possibilité d'introduire un recours contre la décision prise en application de la boucle administrative, après la notification ou la publication de cette décision, la disposition attaquée porte une atteinte discriminatoire au droit d'accès au juge* ».

709. L'arrêt de la Cour constitutionnelle belge semblait défendre une conception classique de l'office du juge de l'excès de pouvoir, principalement envisagé comme un censeur objectif des actes administratifs illégaux. Le raisonnement qui a conduit à l'annulation du dispositif témoignait ainsi d'une certaine méfiance à l'égard de techniques décrites, en France, comme participant du renouvellement de l'office du juge administratif : la Cour considère que par le seul fait de proposer le recours à la boucle administrative, le juge administratif ferait connaître son point de vue sur l'issue du litige, en méconnaissance du principe d'impartialité. La sévérité de ce jugement s'explique certainement par la formulation directive de la disposition qui prévoyait que la section du contentieux administratif pouvait « *charger* » l'auteur de l'acte de procéder à sa correction afin d'en éviter l'annulation. Le dispositif législatif impliquait dès lors que le juge interviendrait véritablement comme un « *sauveur* »¹³⁴⁹ de l'acte contesté, en imposant au défendeur la correction, dans un sens déterminé par lui, d'un vice qu'il renonçait à censurer afin d'organiser le rejet du recours. La rigueur de la Cour pouvait, certes, être discutée, dès lors que la loi ne faisait pas obligation au juge de recourir à la boucle

1349 LUC DONNAY, Paul LEWALLE, *op. cit.*, p. 283.

administrative et que l'efficacité du mécanisme demeurait soumise à la « *collaboration* » de l'administration qui, d'une part, devait donner son accord à l'utilisation du mécanisme et, d'autre part, demeurait sans doute libre de renoncer à la régularisation de l'acte, au prix d'une annulation juridictionnelle inéluctable ou de son retrait. L'attachement de la Cour à une vision classique de l'office du juge de l'excès de pouvoir que traduit ce raisonnement ne doit toutefois pas faire perdre de vue l'audace de ces arrêts qui, dans le contexte contemporain pourtant très favorable au principe de sécurité juridique, n'ont pas hésité, y compris dans un domaine aussi sensible que celui de l'aménagement du territoire, à censurer des mécanismes protecteurs de la stabilité des situations juridiques au nom d'une certaine conception de l'équilibre du procès administratif.

710. Constitutionnalité de la nouvelle boucle administrative flamande. Par son arrêt 153/2016 du 1^{er} décembre 2016, la Cour constitutionnelle belge a toutefois fini par admettre la constitutionnalité de la boucle administrative¹³⁵⁰, après l'introduction en droit régional flamand d'un nouveau mécanisme dont l'équilibre tenait compte des griefs d'inconstitutionnalité apparus dans les arrêts de 2014 et 2015¹³⁵¹.

711. Les dispositions relatives à la procédure contentieuse devant certaines juridictions administratives flamandes, le Conseil pour les contestations des autorisations et la Cour environnementale de la Région flamande, ont ainsi été modifiées par un décret du 3 juillet 2015 pour permettre la régularisation, en cours de procédure, des actes dont elles peuvent apprécier la légalité. Ce texte dispose que « *lorsqu'une juridiction administrative flamande (...) constate qu'elle doit annuler la décision contestée pour cause d'une illégalité, elle peut offrir la possibilité à la partie défenderesse (...) par le biais d'une décision de réparation, de réparer ou de faire réparer l'illégalité dans la décision contestée, à dénommer ci-après la boucle administrative* ». Comme les boucles administratives précédemment instituées par le législateur de la Région flamande et le législateur fédéral, le décret prévoit que le mécanisme ne peut être appliqué que lorsque toutes les parties à la procédure ont pu présenter des observations, qu'il doit être mis en œuvre dans un certain délai, et fixe les conséquences que le juge doit tirer du constat de l'intervention ou de l'absence d'une mesure de régularisation. Le texte s'avère toutefois plus perfectionné dans la mesure, notamment, où il mentionne que l'arrêt interlocutoire doit régler tous les moyens initialement soulevés à l'encontre de l'acte

1350 Cour const. belge, 1^{er} décembre 2016, n° 153/2016.

1351 David RENDERS, Benoît GORS, *op. cit.*, p. 253

contesté, et envisage explicitement l'hypothèse dans laquelle l'acte de réparation est, lui-même, atteint d'une irrégularité. Surtout, il prévoit, dans l'hypothèse où l'illégalité a été corrigée par l'acte de réparation, que cette décision fait l'objet d'une publication afin de permettre aux « *personnes intéressées* » d'introduire un recours à son encontre.

712. Alors que les dispositions du décret étaient contestées sur le fondement des principes d'indépendance et d'impartialité du juge, les adaptations opérées par le législateur flamand ont amené la Cour à s'éloigner des solutions retenues en 2014 et 2015. Elle estime en particulier que, en prenant la décision « *d'offrir à la partie défenderesse la possibilité de recourir à une boucle administrative* », le juge administratif « *tranche ainsi un point du litige, sur la base d'une compétence qui lui a été accordée légalement, après avoir entendu toutes les parties* », ce qui « *ne porte nullement atteinte au pouvoir discrétionnaire de l'administration ni ne préjuge du contrôle de légalité de la décision de réparation* ». Elle souligne, en outre, que « *l'arrêt interlocutoire précité précise l'illégalité à laquelle il convient de remédier qui, si elle n'est pas réparée, conduira à l'annulation* »¹³⁵². Bien que l'arrêt de 2016 reproduise la motivation des arrêts de 2014 et 2015 en rappelant que « *le juge ne peut pas se placer sur le plan de l'opportunité* » et qu'il n'appartient qu'à l'administration « *de déterminer le contenu d'une décision discrétionnaire* », il apparaît désormais que la Cour admet que la possibilité, pour l'auteur d'un acte, de le régulariser en cours de procédure contentieuse à l'invitation du juge peut être organisée selon des modalités compatibles avec le principe de séparation des autorités administratives et juridictionnelles. Après avoir relevé que les dispositions contestées prévoient la possibilité pour toute partie intéressée de former un recours contre la décision de réparation permettant de régulariser l'acte initialement attaqué devant les juridictions administratives flamandes, la Cour a ainsi écarté les moyens tirés de l'atteinte à l'impartialité et à l'indépendance des juges.

713. Absence de transmission de la QPC visant l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Telle qu'elle résulte du décret flamand de 2015, la boucle administrative paraît très proche du mécanisme d'annulation à prononcé conditionnel organisé par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Il pourrait en être déduit que l'appréciation de la conformité aux principes constitutionnels de l'indépendance des juges et de séparation des autorités administratives et juridictionnelles des dispositions du code de l'urbanisme suivrait une orientation similaire à celle du dernier arrêt de la Cour constitutionnelle. Les éventuelles

1352 Arrêt n° 153/2016., § B.9.2.

interrogations qui pourraient porter sur ce point se sont toutefois heurtées à un arrêt par lequel le Conseil d'État français a, en 2019, refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Selon le juge administratif, ces dispositions n'affectent pas « *le droit des requérants de contester un permis de construire, de démolir ou d'aménager ou une décision de non-opposition à déclaration préalable devant le juge de l'excès de pouvoir et d'obtenir qu'une telle décision soit conforme aux lois et règlements applicables* »¹³⁵³. Il est ainsi possible au requérant de contester, dans le cadre de l'instance initiale, le permis de régularisation en faisant valoir des moyens tirés de ses vices propres¹³⁵⁴. Dès lors, selon le Conseil d'État, « *les critiques tirées de ce que l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, en ce qu'il conduirait le juge de l'excès de pouvoir à rejeter la requête au vu d'une mesure de régularisation intervenue pendant le délai fixé par le juge, porterait atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit de propriété, garantis par les articles 16 ainsi que 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne présentent pas (...) un caractère sérieux* »¹³⁵⁵.

714. Le développement de l'annulation à prononcé conditionnel s'opère ainsi par la multiplication de dispositifs spécifiques à certains domaines où les attentes de stabilité des actes et situations juridiques paraissent très élevés. Il illustre la convergence des offices du juge de l'excès de pouvoir et du plein contentieux dans les domaines de l'urbanisme et des autorisations environnementales. Si les dispositifs ponctuellement institués par le législateur ou la jurisprudence présentent de fortes similitudes qui permettent d'identifier la déclinaison d'un même modèle, aucun mécanisme de portée générale n'a été retenu par le droit positif : la boucle administrative que le législateur fédéral belge souhaitait introduire dans les lois sur le Conseil d'État a ainsi été censurée par le juge constitutionnel.

715. De manière empirique mais plus transversale, la jurisprudence administrative interne a dégagé d'autres hypothèses d'annulation conditionnelle.

1353 CE, 24 juillet 2019, n° 430773, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis 86 à 94 rue Gutenberg*.

1354 V. sur ce point CE, 9 novembre 2021, n° 440028, *Société civile Lucien Viseur*, qui précise également que la contestation, par le bénéficiaire du permis initial, du refus d'édicter un permis de régularisation relève d'une instance distincte.

1355 CE, 24 juillet 2019, n° 430773, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis 86 à 94 rue Gutenberg*.

B - L'annulation à exécution conditionnelle

716. Une fois prononcée, l'annulation peut revêtir un caractère conditionnel en ce qu'elle ne se traduira par des mesures d'exécution, sans lesquelles elle serait platonique, que si l'acte n'est pas régularisé. Le dispositif de la décision d'annulation offre une alternative à l'auteur de l'acte entre, d'une part, la correction du vice dans un délai déterminé et, d'autre part, l'abstention qui provoquera, à l'échéance du délai, l'obligation d'exécuter l'annulation.

717. Expérimentation jurisprudentielle et injonction prétorienne. Le Conseil d'État a employé cette technique pour la première fois en 2001 à l'occasion de l'affaire *Titran*. Dans cette décision, temporellement proche de l'arrêt *Vassilikiotis* et également rendue aux conclusions de Francis Lamy, le Conseil d'État était saisi d'un recours dirigé contre la décision refusant d'abroger des arrêtés du ministre de la Justice relatifs à la mise en oeuvre dans les tribunaux de grande instance d'un système de gestion automatisé de procédures. Le juge devait constater l'illégalité de ces arrêtés, adoptés sans prévoir de dispositions relatives aux modalités de mise à jour ou de destruction des données faisant l'objet du traitement en cause, exigées par un avis défavorable de la CNIL auquel il ne pouvait être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État. Si le refus d'abroger ces actes illégaux devait ainsi être annulé, la prise en compte de la nécessité de ces procédures de traitement automatisé pour le bon fonctionnement du service public de la justice justifiait le recours à une technique inédite qualifiée de « *modulation temporelle des effets de l'annulation* »¹³⁵⁶. Ainsi, le Conseil d'État précise dans les motifs de sa décision que « *le garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision pour, selon son choix, compléter les arrêtés contestés en prévoyant, conformément à l'avis [de la CNIL] (...) ou faire prendre un décret, sur avis conforme du Conseil d'Etat, permettant de passer outre les réserves émises par la Commission* ». Enfin, s'inscrivant dans la ligne de l'injonction prétorienne prononcée dans l'arrêt *Vassilikiotis*¹³⁵⁷, le juge indique dans le dispositif de l'arrêt *Titran* que l'annulation du refus d'abroger ces actes « *comporte [pour le ministre] les obligations exposées dans les motifs de la présente décision qui en constituent le soutien nécessaire* ».

718. Qualifications doctrinales. Cette décision et la solution novatrice qu'elle retient ont été diversement analysées par la doctrine. Des auteurs l'identifient comme une annulation

¹³⁵⁶ Bertrand SEILLER, *id.*

¹³⁵⁷ Comme dans l'affaire *Vassilikiotis*, le juge n'était pas saisi de conclusions à fins d'injonction dans l'affaire *Titran*.

conditionnelle¹³⁵⁸, et l'expression est employée par les chroniqueurs du Conseil d'État qui, après avoir rappelé l'idée de l'annulation conditionnelle telle qu'évoquée par Francis Lamy dans ses conclusions sur l'arrêt *Vassilikiotis*, estiment à propos de l'arrêt *Titran* que « *le recours à l'annulation conditionnelle se justifiait en l'espèce* »¹³⁵⁹. D'autres ont cependant considéré que la technique employée par le juge ne correspondait pas à l'annulation conditionnelle, définie strictement et envisagée au prisme des conclusions prononcées par Francis Lamy lors de l'affaire *Vassilikiotis*¹³⁶⁰ : si le juge diffère bien les *effets* de l'annulation, son prononcé n'est pas lui-même différé au terme d'une démarche en deux temps puisque la décision comporte un dispositif d'annulation. Tandis que la plupart des auteurs s'accordent à ce titre pour qualifier la technique employée dans l'arrêt *Titran* d'« *annulation aux effets différés* »¹³⁶¹, certains proposent de la désigner par l'expression d'« *annulation conditionnée* »¹³⁶².

719. Les hésitations de la doctrine et la pluralité des qualifications retenues pour évoquer cette modalité d'annulation sont révélatrices des insuffisances de l'expression d'annulation conditionnelle, qui ne permet pas de désigner avec précision un seul type d'annulation sous réserve de régularisation. Henri Bouillon affirme ainsi qu'une annulation prononcée par le juge peut être qualifiée de conditionnelle « *car elle ne prendra effet que si l'administration n'opère pas les modifications prescrites par le juge* », et ajoute que « *l'annulation conditionnelle consiste, pour le juge, à prononcer l'annulation, totale ou partielle, d'un acte ou la résiliation d'un contrat sous réserve de régularisation par l'administration* », en phase « *post-juridictionnelle* »¹³⁶³. Cette définition, qui postule l'adoption d'un dispositif d'annulation dans un jugement mettant fin à l'instance, s'éloigne de celles que proposaient notamment Florent Blanco ou Damien Connil, évoquées plus haut, et qui conçoivent

1358 David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004, p. 1626 ; Henri BOUILLON, « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018, p. 142.

1359 Mattias GUYOMAR, Pierre COLLIN, « Les décisions par lesquelles le Conseil d'État précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce ne annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2001, p. 1046.

1360 Florent BLANCO, *op. cit.*, p. 345 ; Stéphanie DAMAREY, « Quand le juge dicte les conséquences d'une annulation », *AJDA* 2003, p. 1008 ; Damien CONNIL, *op. cit.*, p. 370.

1361 Mattias GUYOMAR, Pierre COLLIN, *id.* ; Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963 ; Florent BLANCO, *ibid.*

1362 Stéphanie DAMAREY, *id.* ; Damien CONNIL, *id.*, p. 371. Cet auteur explique ainsi que « *l'annulation est prononcée mais conditionnée par le choix de l'autorité administrative* », qui « *dispose d'un délai et d'une option : préserver l'acte en y apportant les modifications nécessaires au rétablissement de la légalité ou, à défaut, mettre en œuvre les conséquences classiques de l'annulation prononcée par le juge* ».

1363 Henri BOUILLON, « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018, p. 142.

l'annulation conditionnelle comme une annulation dont le prononcé définitif est différé afin de permettre une régularisation en cours d'instance. Ces différentes compréhensions de l'annulation conditionnelle partagent l'inconvénient d'être réductrices en tant qu'elles excluent l'une ou l'autre des acceptions possibles de l'expression. Dès lors que, hormis des considérations terminologiques, rien ne permet de justifier une exclusion de la technique mise en œuvre dans l'arrêt *Titran* du champ de l'annulation conditionnelle, il est proposé de l'y intégrer en la désignant par l'expression d'annulation à exécution conditionnelle, qui paraît suffisamment adaptée et précise¹³⁶⁴.

720. Alors que l'arrêt *Titran* s'inscrivait, avec l'arrêt *Vassilikiotis*, dans un courant jurisprudentiel particulier relatif aux injonctions prétoriques, la jurisprudence a confirmé que la technique de l'annulation à exécution conditionnelle pouvait être employée dans le cadre de l'office classique du juge de l'exécution.

721. Contentieux des fichiers de traitement automatisés. A la suite de l'arrêt *Titran*, le contentieux des fichiers de traitement automatisé a donné plusieurs illustrations du recours à la technique de l'annulation à exécution conditionnelle, en matière d'actes réglementaires. Dans la décision *Association des familles des victimes du saturnisme (AFVS)*¹³⁶⁵, le juge était saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté relatif à la création d'un système national de surveillance des plombémies de l'enfant mineur, qui prévoyait l'enregistrement d'informations parmi lesquelles le pays de naissance de la mère de l'enfant. Ce texte était entaché d'une illégalité externe en ce qu'il avait été adopté sans être soumis à l'avis préalable du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé. Statuant sur les conclusions à fin d'injonction après avoir identifié cette illégalité, le juge relève qu'« *en principe, l'exécution de la présente décision implique la suppression, dans les traitements automatisés prévus par l'arrêté du 5 février 2004, de la donnée relative au pays de naissance de la mère de l'enfant mineur* ». Il ajoute « *toutefois* » que l'arrêté litigieux « *n'est pas entaché d'illégalité interne du seul fait qu'il prévoit la prise en compte du pays de naissance de la mère de l'enfant mineur dans les traitements automatisés en cause* » et précise de manière très explicite « *que, dans ces*

¹³⁶⁴ L'expression d'injonction conditionnelle employée par le rapporteur public Vincent Daumas, et qui figure dans l'analyse de l'arrêt *Commune d'Emerainville*, désigne avec justesse le procédé employé par le juge. Le caractère conditionnel de l'injonction, qui est l'accessoire à l'annulation, rejaillit sur cette dernière. Elle peut dès lors être qualifiée d'annulation à exécution conditionnelle.

¹³⁶⁵ CE, 11 janvier 2006, n° 267251, *Association des familles des victimes du saturnisme (AFVS)*, *AJDA* 2006, p. 2428, comm. Frédéric DIEU.

conditions, le ministre pourrait éventuellement, après consultation du comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherches dans le domaine de la santé et au vu de l'avis de ce comité, puis après saisine pour autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, prendre à nouveau la même disposition ». L'injonction prononcée pour exécuter l'annulation tient compte de cette possibilité de régularisation, comme le suggérait le commissaire du gouvernement Stahl¹³⁶⁶ : la décision indique « qu'ainsi et compte tenu de l'intérêt particulier qui s'attache à l'utilisation de la donnée litigieuse dans les traitements automatisés du système national de surveillance des plombémies de l'enfant mineur, il y a lieu d'enjoindre au ministre de la santé et des solidarités de prendre dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision un nouvel arrêté selon une procédure régulière et à défaut d'avoir procédé ainsi dans le délai imparti, de faire supprimer dans les traitements automatisés mis en oeuvre sur le fondement de l'arrêté du 5 février 2004 la donnée relative au pays de naissance de la mère de l'enfant mineur ». En conséquence, le dispositif de la décision *AFVS* prévoit à la fois, en premier lieu, l'annulation de l'arrêté et, en deuxième lieu, qu'il est enjoint au ministre de prendre un nouvel arrêté selon une procédure régulière dans un délai de six mois.

722. Cette solution a été réitérée en 2010 par une décision *Fristot et Charpy*¹³⁶⁷, avant que la décision *Section française de l'Observatoire international des prisons* de 2012 adopte finalement un considérant de principe définissant l'office du juge de l'exécution dans de telles situations. Cette dernière indique que « lorsque le juge administratif est saisi de conclusions à fin d'injonction de destruction de données illégalement recueillies dans un traitement de données à caractère personnel, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de sa décision implique nécessairement la destruction des données illégalement recueillies, de rechercher d'abord si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible. Dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les motifs de l'illégalité constatée, d'autre part, les conséquences de la destruction des données pour

1366 Inédites, citées par Frédéric DIEU, id. : « L'illégalité que nous vous proposons de retenir n'est que de procédure. Nous avons dit qu'au fond nous admettions la pertinence du mécanisme conduisant à recueillir, à titre de donnée utile, la mention du pays de naissance de la mère. Si le ministre de la Santé décidait de reprendre une disposition analogue après annulation, il pourrait à notre avis le faire dès lors qu'il respecterait la procédure requise (...) il pourrait alors apparaître disproportionné d'exiger, dans l'attente de la régularisation, l'effacement des données déjà recueillies (...). C'est pourquoi nous serions favorable (...) à ce que vous adaptiez très précisément la teneur de l'injonction à ce que l'effacement ne soit ordonné que si le traitement n'est pas régularisé et à ce que vous laissiez à l'autorité administrative un temps suffisant pour prendre légalement un nouvel acte réglementaire ».

1367 CE, 19 juillet 2010, n° 334014, *M. Fristot et Mme Charpy*.

l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la destruction des données n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général ».

723. Titres exécutoires et subventions. La technique de l'annulation à exécution conditionnelle est également employée en matière d'actes administratifs individuels, lorsqu'ils ont été annulés pour un motif de régularité procédurale ou formelle et que la prise en compte de leur bien-fondé justifie d'envisager leur régularisation. La décision *Mme Mas* de 2006 juge ainsi, à propos des titres exécutoires, que l'annulation d'un tel acte pour une illégalité externe « *n'implique pas nécessairement, compte tenu de la possibilité d'une régularisation éventuelle par l'administration, que les sommes perçues par l'administration sur le fondement du titre ainsi dépourvu de base légale soient immédiatement restituées à l'intéressé* ». Dès lors, il appartient à la juridiction saisie de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de restituer les sommes perçues sur le fondement d'un titre exécutoire annulé pour un tel motif « *de prescrire la mesure demandée en fixant le délai au terme duquel l'administration devra restituer ces sommes, si elle n'a pas émis, avant l'expiration de ce délai, un nouveau titre de perception dans des conditions régulières* ». L'arrêt de section *Commune d'Emerainville* de 2016 retient une solution tout à fait similaire à propos d'une décision octroyant une subvention, annulée pour un motif d'illégalité externe. Dans un considérant de principe, le Conseil d'État consacre la « *faculté* » pour l'administration de régulariser, « *pour des motifs de sécurité juridique* », le versement d'une subvention à une association lorsqu'elle constate que cette décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure. Le juge en déduit, comme dans l'arrêt *Mme Mas*, que l'annulation d'une subvention dans ces conditions « *n'implique pas nécessairement que celle-ci soit immédiatement restituée à l'administration par l'association* ». La décision *Commune d'Emerainville* précise en conséquence qu'il appartient à la juridiction saisie de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de recouvrer la subvention de « *subordonner la restitution de la somme réclamée à l'absence d'adoption par l'administration, dans le délai déterminé par sa décision, d'une nouvelle décision attribuant la subvention* ». Cette technique, qui a également été déclinée en 2016 en matière de recouvrement de l'indu de

l'allocation de RSA par la décision de section *Mme Guionnet*¹³⁶⁸, paraît avoir vocation à s'étendre à l'ensemble du contentieux des décisions individuelles pécuniaires.

724. Contrats administratifs. L'annulation à exécution conditionnée par le choix de l'administration s'est aussi développée en contentieux des contrats administratifs. Cette technique a émergé dans le plein contentieux de la validité des contrats, au sein duquel elle s'est généralisée, avant d'être transposée au contentieux de l'excès de pouvoir des actes détachables du contrat.

725. Plein contentieux des contrats administratifs. En premier lieu, l'arrêt *Société Tropic* de 2007 a reconnu, dans le cadre du recours du concurrent évincé, la possibilité de sanctionner l'invalidité du contrat sous réserve de régularisation¹³⁶⁹. Il précise ainsi qu'il appartient au juge, constatant l'existence d'un vice entachant la validité du contrat, « *soit de prononcer [sa] résiliation (...), soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante (...), soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, [de l'annuler]* ». L'arrêt *Commune de Béziers* de 2009, définissant l'office du juge du contrat dans le contentieux entre les parties, emploie une formule semblable en indiquant qu'il revient au juge, « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer [en fonction du vice et des exigences de l'intérêt général, la résiliation ou l'annulation du contrat]* ». Succédant à la jurisprudence *Tropic*, l'arrêt d'assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* confirme ce principe et prévoit, par une formule plus synthétique, qu'il appartient au juge du contrat, saisi par un tiers « *après*

1368 CE, sect., 16 décembre 2016, n° 389642, *Mme Guionnet* : « *En cas d'annulation par le juge de la décision ordonnant la récupération de l'indu, il est loisible à l'administration, si elle s'y croit fondée et si, en particulier, aucune règle de prescription n'y fait obstacle, de reprendre régulièrement et dans le respect de l'autorité de la chose jugée, sous le contrôle du juge, une nouvelle décision. Lorsque tout ou partie de l'indu d'allocation de revenu de solidarité active ou d'aide exceptionnelle de fin d'année a été recouvré avant que le caractère suspensif du recours n'y fasse obstacle, il appartient au juge, s'il est saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de rembourser la somme déjà recouvrée, de déterminer le délai dans lequel l'administration, en exécution de sa décision, doit procéder à ce remboursement, sauf à régulariser sa décision de récupération si celle-ci n'a été annulée que pour un vice de forme ou de procédure.* ».

1369 Dans la mesure où le caractère conditionnel est ici susceptible de concerner la résolution du contrat mais également sa résiliation, l'expression de sanction à exécution conditionnelle pourra être préférée à celle d'annulation à exécution conditionnelle.

avoir pris en considération la nature [des vices entachant la validité du contrat], soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ». Comme le souligne le professeur Jean-François Lafaix, le juge du contrat offre ainsi un « choix binaire » aux parties, en prononçant une « annulation (ou résiliation) conditionnelle, si le contrat n'est pas régularisé dans un certain délai »¹³⁷⁰.

726. La jurisprudence a confirmé que cette technique de censure du contrat relevait bien d'une logique de sanction à exécution conditionnée par un choix de l'administration. Dans la décision *Ministre de l'intérieur* du 23 décembre 2011, après avoir estimé qu'un marché contesté par la voie du déféré préfectoral devait être annulé, le juge indique que « *eu égard au motif de l'annulation du marché, il y a lieu de décider que cette annulation ne prendra effet qu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant la notification de la présente décision, et si le conseil d'administration de la régie Noréade n'a pas, dans ce délai, procédé, comme il peut le faire, à la régularisation du marché en adoptant, pour décider de le passer, une délibération régulière* ». Dès lors, le dispositif de cette décision prévoit que le marché litigieux « *est annulé, sauf si dans le délai de 3 mois à compter de la notification de la présente décision, la régie Noréade procède à sa régularisation* ». De la même manière, la décision *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole* indique que « *la convention de délégation de service public signée le 23 juin 2009 par le président de la Communauté d'agglomération (...) avec la société Véolia Eau (...) est annulée, sauf si la communauté d'agglomération procède à sa régularisation conformément aux motifs de la présente décision au plus tard le 31 octobre 2012* ». Dans ces deux illustrations, une sanction de l'invalidité du contrat est bien *prononcée* par le juge de plein contentieux et adoptée par le dispositif de la décision juridictionnelle, mais son exécution n'interviendra que si les parties – et en particulier l'administration contractante – ne procèdent pas à la régularisation dans un certain délai.

727. Contentieux des actes détachables du contrat administratif. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir des actes détachables, une logique similaire a été adoptée par l'arrêt *Société OPHRYS* de 2011, qui est venu préciser l'office du juge de l'exécution. Comme le juge du contrat, il lui appartient « *soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est*

1370 Jean-François LAFAX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats et marchés publics* 2017, août-septembre, étude n° 9.

possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit (...) d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat », ou bien, « *eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités* ». Le juge de l'exécution peut ainsi assortir l'annulation de l'acte détachable d'une injonction de régulariser dans un délai déterminé, au terme duquel l'abstention de la personne publique emportera l'obligation de résilier le contrat ou de saisir le juge du contrat pour qu'il en prononce l'annulation¹³⁷¹.

728. D'autres procédés de régularisation curative en dehors du prétoire ont été institués par des textes sectoriels.

C - L'annulation à neutralisation conditionnelle ou annulation précaire

729. Enfin, l'annulation peut présenter un caractère conditionnel en ce sens que, après avoir été prononcée par le juge, celui-ci admet qu'une régularisation postérieure à la fin de l'instance pourra en neutraliser les effets. Elle constitue en ce sens une sanction précaire, placée « *en sursis* »¹³⁷². Tel qu'il est conçu en droit positif, ce mécanisme ne peut être employé que dans l'hypothèse d'une annulation partielle : ainsi, tandis que l'essentiel de l'acte est épargné, la partie viciée qui subit l'annulation pourra être rétablie *a posteriori*, comme si l'annulation partielle n'était jamais intervenue.

730. Consécration de la technique en contentieux des autorisations d'urbanisme. Dans la lignée du rapport Pelletier, qui recommandait d'admettre la possibilité de prononcer l'annulation partielle des autorisations d'urbanisme, qui étaient classiquement considérées comme indivisibles, cette technique a été intégrée à l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme par la loi ENL de 2006. Dans sa formulation initiale, cette disposition prévoyait, d'une part, que la juridiction qui « *constate que seule une partie d'un projet (...) est illégale* » peut « *prononcer une annulation partielle* » et, d'autre part, que l'autorité compétente « *prend, à la demande du bénéficiaire de l'autorisation, un arrêté modificatif tenant compte de la décision juridictionnelle devenue définitive* ». La jurisprudence a confirmé que ce mécanisme

1371 V. en ce sens la décision CE, 11 mai 2016, n° 383768, *M. Rouveyre* : « *il est enjoint à la commune de Bordeaux, à défaut pour elle, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision, de régulariser la signature du contrat par une décision du conseil municipal ayant pour objet de confirmer l'approbation des termes du projet de contrat et l'autorisation donnée au maire de la commune de Bordeaux de le signer, de résilier le contrat de partenariat* »

1372 Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

d'annulation partielle pouvait être employé sans tenir compte du critère de la divisibilité des éléments de l'autorisation d'urbanisme, dès lors que l'illégalité concerne « *une partie identifiable d'un projet de construction ou d'aménagement (...) susceptible d'être régularisée par un permis modificatif* »¹³⁷³. L'ordonnance de 2013 est venue préciser qu'il appartenait au juge de « *fixer le délai dans lequel le titulaire du permis pourra en demander la régularisation* ». Conformément aux propositions du rapport Maugué, l'article L. 600-5 présente, dans sa rédaction issue de la loi ELAN de 2018, l'annulation partielle et l'indication d'un délai de régularisation constitue une obligation pour le juge, lorsqu'il « *estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice n'affectant qu'une partie du projet peut être régularisé* ».

731. L'association de l'annulation partielle à l'obligation d'indiquer un délai de régularisation *a posteriori* permet de considérer ce mécanisme comme une « *annulation partielle à caractère conditionnel* »¹³⁷⁴ ou une « *annulation sous réserve de non-régularisation* »¹³⁷⁵. Dans la mesure où le juge admet que la partie viciée de l'autorisation litigieuse, retranchée en conséquence du seul prononcé de l'annulation partielle, pourra être rétablie par l'intervention d'un permis modificatif dans le délai qu'il a fixé, cette technique d'annulation précaire peut être qualifiée plus précisément d'annulation à neutralisation conditionnelle.

732. La jurisprudence a confirmé que les dispositions de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme pouvaient être appliquées en articulation avec celles de l'article L. 600-5-1 : il a d'abord été admis, par l'arrêt *Commune de Cogolin*, qu'une annulation partielle prononcée en première instance pouvait donner lieu à une mesure de régularisation dont le juge d'appel pouvait, le cas échéant, tenir compte¹³⁷⁶ ; il a également été précisé, dans l'arrêt *Mme Venturin*, que le juge, constatant que le permis n'a pu être régularisé en cours d'instance, pouvait en prononcer l'annulation partielle sous réserve de régularisation hors prétoire¹³⁷⁷. À ce propos, le Conseil d'État a considéré que les conditions prévues par ces dispositions respectaient le droit à un recours effectif garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de

1373 CE, 1^{er} octobre 2015, n° 358401, *Andrieu et Perrée*.

1374 Jean-Maternelle STAUB, « L'annulation partielle du permis de construire », *D.A.* 2014, n° 2, comm. 16 ; en ce sens, v. également Henri BOUILLON, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, p. 217, ainsi que Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., p. 1448.

1375 Renaud THIELE, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, p. 1357.

1376 CE, sect. 15 février 2019, n° 401384, *Commune de Cogolin*.

1377 CE, 17 mars 2021, n° 436073 *Mme Venturin*.

l'homme, dès lors qu'elles « *n'affectent pas le droit de contester une autorisation d'urbanisme devant le juge de l'excès de pouvoir et d'obtenir qu'une telle décision soit conforme aux lois et règlements applicables* »¹³⁷⁸.

733. Extension de la technique au contentieux des documents d'urbanisme.

Initialement introduite pour permettre la régularisation des permis de construire, cette technique d'annulation a été étendue au contentieux des documents d'urbanisme en 2014 par la loi ALUR¹³⁷⁹. L'article L. 600-9 du code de l'urbanisme prévoit ainsi à son dernier alinéa que dans l'hypothèse d'un vice affectant « *notamment un plan de secteur, le programme d'orientations et d'actions du plan local d'urbanisme ou les dispositions relatives à l'habitat ou aux transports et déplacements des orientations d'aménagement et de programmation* », le juge peut limiter à cette partie l'annulation qu'il prononce, de telle sorte que la régularisation de la partie annulée pourra être envisagée¹³⁸⁰. À la différence de l'article L. 600-5, il n'est toutefois pas précisé par l'article L. 600-9 que l'office du juge s'étend jusqu'à définir le délai dans lequel la procédure de modification permettant de régulariser le document devra être accomplie.

734. Extension de la technique au plein contentieux des autorisations environnementales.

L'article L. 181-18 du code de l'environnement, issu de l'ordonnance relative à l'autorisation environnementale de 2017, prévoit également un mécanisme formellement inspiré de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme. Ainsi, le juge, après avoir écarté l'ensemble des autres moyens, peut s'il estime qu'un vice affecte « *une phase de l'instruction de la demande d'autorisation environnementale, ou une partie de cette autorisation (...) limiter à cette phase ou à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce et demander à l'autorité administrative compétente de reprendre l'instruction à la phase ou sur la partie qui a été entachée d'irrégularité* ». Dans le régime résultant de l'ordonnance de 2017, l'autorisation environnementale unique constitue un acte composite pouvant rassembler en son sein plusieurs autorisations divisibles listées à l'article L. 181-2 du code de l'environnement, qui est adopté au terme d'une procédure en trois phases identifiées par l'article L. 181-9 du même code, que sont la phase d'instruction de la demande, la phase d'enquête publique et enfin la phase de décision. Les possibilités d'annulations partielles

1378 CE, 17 mars 2021, *id.*

1379 V. le scepticisme de Frédéric ROLIN, « La régularisation des documents d'urbanisme la demande du juge », *AJDA* 2017, p. 25.

1380 Philippe BILLET, « ALUR et contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2014, n° 37, 2264.

limitées à ces éléments ont été interprétées avec une certaine rigueur par l'avis *Association Novissen* du 22 mars 2018¹³⁸¹, à la lumière des solutions retenues par le droit commun. Le Conseil d'État précise ainsi que les dispositions relatives à l'annulation d'une partie de l'autorisation « *ont pour objet de rappeler la règle générale selon laquelle le juge administratif, lorsqu'il constate une illégalité qui n'affecte qu'une partie divisible de la décision qui lui est déférée, se borne à annuler cette partie* », écartant de ce fait l'approche retenue en droit de l'urbanisme qui évince le critère de la divisibilité. Malgré cette « *asymétrie* »¹³⁸², les mécanismes sont identiques dans leurs effets et cette hypothèse peut donc être qualifiée d'annulation à neutralisation conditionnelle.

735. L'interprétation restrictive que l'avis retient des dispositions relatives à l'annulation d'une phase de la procédure ne permet pas de retenir une même qualification pour cette hypothèse. Tandis que l'annulation d'une *partie divisible* permet de laisser subsister les éléments légaux de l'autorisation, l'annulation d'une *phase* est en effet susceptible de remettre en cause l'acte attaqué dans son intégralité. Le rapporteur public suggérait dès lors d'interpréter les dispositions relatives à l'annulation d'une phase de la procédure comme permettant, de manière originale, de ne pas annuler l'autorisation mais simplement de suspendre son exécution, dans l'attente d'une régularisation de la procédure. Cette lecture n'a pas été retenue par le Conseil d'État qui indique que les dispositions en cause « *n'ont pas pour objet de dispenser le juge, s'il n'estime pas pouvoir surseoir à statuer en vue d'une régularisation*¹³⁸³ (...), *de prononcer l'annulation, selon le cas, de l'autorisation dans son ensemble ou d'une partie divisible de celle-ci, mais elles l'invitent à indiquer expressément dans sa décision quelle phase doit être regardée comme viciée, afin de simplifier la reprise de la procédure administrative en permettant à l'administration de s'appuyer sur les éléments non viciés pour prendre une nouvelle décision* ». En ce sens, l'annulation d'une phase de la procédure ne constitue « *qu'un motif de l'annulation de la décision* »¹³⁸⁴.

736. Considérablement enrichi, l'office du juge administratif recouvre désormais, aussi bien en plein contentieux qu'en excès de pouvoir, de nombreux procédés de modalisation de l'annulation permettant d'envisager la régularisation de l'acte litigieux. Cette évolution transversale induit une transformation de sa fonction.

1381 CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen*, AJDA 2018, p. 1451, note Tristan POUTHIER ; BJD 2018, n° 3, concl. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE.

1382 Tristan POUTHIER, *id.*

1383 Cf. *supra*, A.

1384 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, *id.*

§ 2 - La transformation de l'office du juge de la légalité sous l'influence des procédés de régularisation d'acte

737. Si la régularisation d'acte est accomplie par l'administration, le procédé demeure placé entre les mains du juge qui, en retenant son pouvoir d'annulation, permet à l'autorité compétente d'adopter les mesures nécessaires à la correction de l'acte. La faculté de régulariser de l'administration s'exerce en outre sous le contrôle du juge, qui en apprécie l'efficacité. L'essor de la régularisation administrative catalyse ainsi le mouvement contemporain de transformations de l'office du juge, sur les plans conceptuel (A) et substantiel (B).

A - Une évolution dans la conception de l'office du juge

738. Le développement des techniques de régularisation et d'annulation conditionnelle entraîne une évolution dans la conception que le juge administratif se fait de son propre office. D'une part, son approche du contentieux de la légalité se trouve profondément modifiée (1), et, d'autre part, il envisage désormais l'illégalité d'un acte de manière graduée, en identifiant un certain nombre d'illégalités régularisables dont le constat ne doit pas nécessairement se solder par une annulation (2).

1 - La modification de l'approche du contentieux de la légalité

739. **Annulation et défense des intérêts du requérant.** En toute hypothèse, le rétablissement du principe de légalité au sein de l'ordre juridique suppose la suppression de l'élément dont l'illégalité est décelée par le juge¹³⁸⁵. Ce résultat est, de manière traditionnelle, obtenu par l'annulation qui permet d'assurer conjointement la satisfaction objective du principe de légalité et celle, subjective, du requérant qui obtient gain de cause. À ce titre, l'action intéressée du requérant a parfois été présentée comme étant mise au service du principe de légalité, dont il devient inconsciemment l'agent. C'est ainsi que Maurice Hauriou décrivait le recours pour excès de pouvoir comme « *moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration* », confié à des individus transformés en « *surveillants de l'Administration* » : « *ils ont un intérêt personnel sans doute, mais en même temps ils agissent dans l'intérêt de la Puissance publique ; dans l'instance engagée, ils ne sont pas des parties en cause défendant leur droit, leur situation se rapproche de celle d'un ministère public poursuivant la répression d'une contravention* »¹³⁸⁶. Cette conception classique du recours

1385 William GREMAUD, *op. cit.*, pp. 15 et 18.

1386 Maurice HAURIUO, note sur CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon* et CE, 15 décembre 1899, *Adda*, S. 1900, III, p. 73.

juridictionnel exercé contre les actes de la puissance publique, dans laquelle la défense de la légalité coïncide avec celle des intérêts du requérant, est fortement remise en cause par le développement des techniques de régularisation administrative et d'annulation conditionnelle. En effet, ces procédés reposent plutôt sur une coopération du juge et de l'administration, visant à satisfaire leurs préoccupations respectives.

740. Régularisation et garantie de la légalité. Il est évident que le maintien de l'acte profite en premier lieu à son auteur, qui évitera de devoir reprendre le processus décisionnel et qui atteindra plus rapidement les objectifs qu'il poursuivait par ce moyen. La régularisation permet également au juge de s'assurer du respect du principe de légalité, en faisant disparaître l'illégalité avec un effet potentiellement comparable à celui de l'annulation¹³⁸⁷. Elle implique à cet égard une évolution du rapport qu'entretient le juge avec ce principe : comme le souligne le professeur Bertrand Seiller, le rétablissement de la légalité n'est plus accompli de manière négative, par l'annulation, mais de manière positive, par la rectification de l'acte litigieux¹³⁸⁸. Alors même que le juge demeure le gardien de la légalité, son rôle se transforme dans la mesure où la fonction disciplinaire du recours s'efface au profit de l'apparition d'une fonction correctrice¹³⁸⁹. Les conclusions de la rapporteure publique Sophie Roussel sur l'arrêt *Association ELENA* donnent un écho à ce constat : elle y affirme que la fonction impartie au recours pour excès de pouvoir « *n'est pas seulement disciplinaire* », la finalité de l'intervention du juge ne résidant pas dans le maintien ou l'annulation de l'acte mais, ainsi que l'avait énoncé l'arrêt *Dame Lamotte*, dans la garantie du respect de la légalité¹³⁹⁰. Il peut être admis que cet objectif soit atteint par des techniques différentes et que l'annulation rétroactive constitue aujourd'hui l'une d'entre elles, avec des avantages et inconvénients qui peuvent la faire apparaître plus ou moins adaptée à certaines configurations contentieuses auxquelles le juge se confronte. Néanmoins, du point de vue plus général du recours pour excès de pouvoir et de la fonction sociale qu'il sert, la garantie de la légalité, il est permis de souligner qu'une approche disciplinaire du contentieux de la légalité présente un intérêt spécifique qui fonde sa pertinence, dans la mesure où le risque qu'elle comporte induit une forme de contrainte à l'application préventive de la légalité. Par comparaison, la possibilité de corriger l'acte en cours d'instance à l'invitation du juge paraît favoriser la confusion des procédures

1387 Gweltaz EVEILLARD, « Les effets de la régularisation, des effets rétroactifs ? », in Alix PERRIN (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, 2018, p. 57.

1388 Bertrand SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791.

1389 *Id.*

1390 Sophie ROUSSEL, « L'abrogation d'un acte réglementaire par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2022, p. 51.

administrative et juridictionnelle, et nuire à l'application rigoureuse des règles qui ne seront respectées *a posteriori* que si leur méconnaissance est dénoncée.

741. Régularisation et conciliation de la légalité et de la stabilité. Sans remettre en cause sa fonction essentielle de gardien de la légalité, les techniques de régularisation offrent au juge la possibilité de répondre à d'autres « *préoccupations juridiques et sociétales devenues majeures* »¹³⁹¹ auxquelles il est sensible, parmi lesquelles la stabilité de certaines situations juridiques, ainsi que la loyauté des relations de droit et notamment des contrats passés par l'administration. L'essor de ce procédé dans la jurisprudence administrative témoigne à cet égard de ce que le souci de protéger la sécurité juridique occupe aujourd'hui, aux yeux du juge administratif, une place comparable à la garantie du principe de légalité, au point de modifier ses techniques les plus classiques. En prononçant une annulation conditionnelle qui permet le recours à la régularisation, le juge s'efforce en effet de concilier la satisfaction du principe de légalité avec la protection de la stabilité des situations juridiques. Il résulte nécessairement de cette logique de conciliation que « *le principe de légalité n'est plus hégémonique* »¹³⁹² dans la jurisprudence administrative contemporaine.

742. Régularisation et efficacité de l'action administrative. En renouvelant la manière dont le juge conçoit la légalité et en garantit le respect, la régularisation se traduit également par un repositionnement du juge à l'égard des parties. En effet, elle « *s'inscrit pleinement parmi les modalités juridictionnelles concourant à la prévalence de l'efficacité de l'acte et donc de l'action administrative* »¹³⁹³. Plutôt que de déduire de manière systématique que l'illégalité d'un acte doit entraîner son annulation immédiate, le juge souscrit au parti pris selon lequel l'objectif de stabilité des situations juridiques doit être valorisé, l'intérêt général poursuivi par l'administration justifiant que les actes qu'elle adopte soient maintenus autant que possible. Cette circonstance ne saurait toutefois justifier que le juge soit accusé de partialité, dans la mesure où il cherche le plus souvent à éviter l'annulation platonique d'un acte qui pourrait être légalement repris. Il n'en demeure pas moins que le pragmatisme et la logique « *clairement finaliste* »¹³⁹⁴ qui l'animent favorisent l'administration ou le tiers bénéficiaire de l'acte contesté sur le plan procédural.

1391 Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, *id.*

1392 Bertrand SEILLER, *ibid.*

1393 Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, *id.*

1394 *Ibid.*

743. Régularisation et affaiblissement de l'utilité du recours. Inversement, le développement des procédés d'annulation conditionnelle ouvrant les possibilités de régularisation au détriment de l'annulation ordinaire tend à réduire les garanties que la légalité pouvait offrir au requérant. Il a été rappelé que, dans la conception classique du recours pour excès de pouvoir, son action motivée par l'aspiration individualiste que « *dans la réalité de sa vie quotidienne, quelque chose, au terme du recours, se trouve changé, en mieux* »¹³⁹⁵ constituait le prétexte de la défense de la légalité objective. La diminution des perspectives de disparition de l'acte faisant grief induisent un affaiblissement de l'utilité que présente, pour le requérant, l'action en justice. S'il ne peut espérer remporter un avantage significatif à l'issue des efforts déployés pour obtenir gain de cause, son recours se réduit à une dimension d'utilité publique dont il ne bénéficie pas concrètement. Or, et en particulier dans des contentieux où la subjectivisation des conditions de recevabilité induit une limitation substantielle de l'accès au juge, le requérant peut légitimement s'interroger sur l'intérêt qu'il peut retirer à agir pour la défense d'une légalité qui ne lui profite pas. En focalisant le recours vers le maintien de l'acte attaqué et l'utilité de la décision envisagée du point de vue d'une situation litigieuse particulière, le juge prend le risque de se détourner des intérêts supérieurs dont le requérant devenait le promoteur et, ainsi, d'affaiblir la portée de l'exigence de légalité.

744. La modification du rapport du juge administratif au principe de légalité se constate également dans la manière dont il appréhende les illégalités qu'il est amené à constater.

2 - L'infléchissement du rapport du juge administratif aux illégalités

745. Illégalités régularisables. À la différence d'autres techniques d'évitement de l'annulation¹³⁹⁶, la régularisation d'acte suppose le constat d'une illégalité. Cette circonstance ne fait pas obstacle au maintien de l'acte s'il apparaît que l'illégalité est jugée *régularisable*, ce qui implique d'opérer une distinction au sein des illégalités entre celles dont le constat appelle une sanction négative et celles qui peuvent être corrigées. La détermination par le juge du champ des illégalités régularisables dépend, en premier lieu, de la définition retenue du concept de régularisation d'acte.

746. Conception stricte de la régularisation. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Emerainville*, le rapporteur public Vincent Daumas privilégiait une conception relativement

¹³⁹⁵ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, p. 37.

¹³⁹⁶ Parmi lesquelles celles qui reposent sur la tolérance d'un vice dont le juge ne déduit pas l'illégalité de l'acte. Sur cette question, v. le Chapitre suivant.

stricte du procédé, envisagé comme une correction dénuée de toute influence sur le dispositif de l'acte. Il proposait en conséquence de définir les illégalités non régularisables comme « *celles qui ne peuvent qu'avoir influencé le sens ou l'existence de l'acte* »¹³⁹⁷, et qui révèlent à ce titre que celui-ci ne peut être maintenu tel qu'il est dans l'ordonnement juridique. Cette approche implique une appréciation distincte du caractère régularisable des illégalités en fonction de la cause dont elles relèvent : l'illégalité externe, qui « *n'affecte que la manière dont l'acte est intervenu* »¹³⁹⁸, paraît pouvoir être régularisée sans affecter son sens et son bien-fondé ; inversement, la correction d'une illégalité interne « *implique souvent la modification du dispositif de l'acte* »¹³⁹⁹. M. Daumas en déduit qu'une telle illégalité n'est « *en principe pas régularisable* », dès lors qu'elle est « *la manifestation d'un obstacle de fond* » posé par « *l'existence ou le sens d'un acte administratif* »¹⁴⁰⁰.

747. La jurisprudence administrative admet pourtant de manière assez classique la possibilité de régulariser des actes dont le contenu est jugé illégal¹⁴⁰¹ : dans le contentieux des autorisations d'urbanisme, la décision *SARL Séri* de 1994 a d'ailleurs consacré la possibilité de régulariser l'illégalité interne du permis de construire avant que l'arrêt *SCI La Fontaine de Villiers* de 2004 admette la régularisation de l'illégalité procédurale.

748. Conception large de la régularisation. Dans sa thèse, William Gremaud démontre ainsi que le caractère régularisable d'une illégalité est théoriquement indifférent à sa nature autant qu'à sa gravité. En définissant la régularisation comme le procédé visant à la *consolidation* d'un *objet* au moyen de la *suppression de l'irrégularité* qui l'affecte, cet auteur fonde la distinction des illégalités régularisables de celles qui ne le sont pas sur l'analyse du degré de modification de l'objet que la correction implique : l'illégalité peut être regardée comme régularisable si sa correction permet bien d'obtenir la conservation de l'objet, et ne le sera pas si elle emporte une modification de ses caractéristiques essentielles. A ce prisme, les illégalités externes et certaines illégalités internes qui n'affectent pas, par elles-mêmes, la légalité du contenu de l'acte peuvent être regardées comme régularisables, de même que certaines illégalités internes dont la correction, en dépit des modifications qu'elle implique, permet de conserver les caractéristiques essentielles de l'acte.

1397 Vincent DAUMAS, « La régularisation d'un acte illégal », *RFDA* 2019, p. 289, concl. sur CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Emerainville*.

1398 Vincent DAUMAS, *id.*

1399 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

1400 Vincent DAUMAS, *id.*

1401 Jimmy ROBBE, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

749. Régularisation des illégalités externes. La possibilité de régulariser une illégalité externe de type formel ou procédural est bien admise par le juge¹⁴⁰², et repose sur l'idée que l'annulation pourrait s'avérer inutile si l'illégalité constatée est dépourvue d'influence sur le bien fondé de la décision contestée, laquelle pourrait être reprise légalement¹⁴⁰³. L'arrêt *SCI la Fontaine de Villiers* en témoigne, en indiquant que « *la consultation de l'architecte des bâtiments de France préalablement à la délivrance du permis modificatif accordé le 30 octobre 1998 a eu pour effet de régulariser le permis initial qui n'avait pas été précédé de cette consultation* ». De même, la décision *Commune d'Emerainville* a explicitement reconnu l'existence d'une « *faculté* » de régulariser une subvention lorsque l'administration constate que la décision l'octroyant « *est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure* ».

750. Certes, la prise en compte de la légalité interne de l'acte peut indiquer que l'administration pourrait régulièrement édicter une décision de même sens, ce qui paraît suffire pour déduire qu'il est envisageable de le consolider par un procédé de régularisation de l'illégalité externe. Il faut toutefois considérer que l'illégalité externe n'est pas nécessairement dépourvue d'incidence sur le sens de l'acte¹⁴⁰⁴. La motivation formelle d'un acte contribue ainsi à l'élaboration de son contenu, en imposant à son auteur des efforts de qualification juridique et d'évaluation des faits au regard des textes qu'il entend appliquer¹⁴⁰⁵. De même, la procédure préalable à l'adoption d'un acte en détermine nécessairement le sens, notamment en permettant à l'autorité administrative de porter sur la situation une appréciation plus fine et éclairée. C'est, au demeurant, ce dont témoigne la jurisprudence *Danthony* qui retient qu'un vice de procédure entraîne bien l'illégalité de l'acte, laquelle est de nature à justifier son annulation, lorsqu'il a exercé une « *influence sur le sens de la décision prise* ».

751. Régularisation a posteriori d'une illégalité procédurale. En outre, l'accomplissement des objectifs assignés aux formes et conditions d'élaboration des actes paraît supposer qu'elles soient observées avant leur édicition¹⁴⁰⁶. Il peut ainsi être craint que la

1402 Le rapporteur public Vincent Daumas estimait également, dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Emerainville*, que certaines incompétences pourraient être régularisables, notamment dans les hypothèses où la décision n'a pas été adoptée par la personne ou l'organe compétent au sein d'une autorité administrative elle-même compétente.

1403 V. en ce sens les conclusions de Mattias GUYOMAR sur CE, 2 février 2004, n° 238315, *SCI La Fontaine de Villiers*, *BJDU* 2004, n° 1, p. 25.

1404 Bertrand SEILLER, « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », in *Juger de la légalité administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGE, LexisNexis 2021, p. 60.

1405 En ce sens, Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 405.

1406 David RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ – Bruylant, 2003, p. 67.

satisfaction *ex post* d'une exigence procédurale soit guidée par l'objectif de sauver l'acte sans en altérer le contenu, au risque de la priver de sa capacité d'influencer le sens de l'acte. De manière plus tangible, certaines formalités ont précisément pour fonction de *prévenir* la réalisation de certains risques, et leur méconnaissance peut engendrer des conséquences irréversibles¹⁴⁰⁷.

752. Droit de l'Union. Si la Cour de justice de l'Union n'est pas opposée au principe de la régularisation *a posteriori* d'un vice procédural caractérisant une violation du droit de l'Union, les considérations évoquées précédemment l'ont conduite à adopter une approche particulièrement prudente de ce procédé. Dans l'affaire *Commission c/ Irlande* de 2008¹⁴⁰⁸, elle a estimé contraire au droit de l'Union un dispositif législatif visant à permettre la régularisation *a posteriori* de l'omission de l'évaluation des incidences environnementales exigée par la directive 85/337 : en l'espèce, la législation irlandaise permettait que des permis de régularisation soient délivrés pour des travaux réalisés sans qu'une évaluation environnementale ait été effectuée, l'octroi d'un tel permis conduisant alors à « *considérer que les obligations imposées par la directive 85/337 modifiée ont été effectivement remplies* »¹⁴⁰⁹. Or, selon la Cour, « *si le droit communautaire ne saurait s'opposer à ce que les règles nationales applicables permettent, dans certains cas, de régulariser des opérations ou des actes irréguliers au regard de celui-ci, une telle possibilité devrait être subordonnée à la condition qu'elle n'offre pas aux intéressés l'occasion de contourner les règles communautaires ou de se dispenser de les appliquer et qu'elle demeure exceptionnelle* »¹⁴¹⁰.

753. La Cour a ultérieurement précisé les modalités selon lesquelles l'omission de l'évaluation environnementale pourrait être régularisée *a posteriori*, par son arrêt *Commune de Corridonia* de 2017¹⁴¹¹. Elle y rappelle que le principe de coopération loyale prévu à l'article 4 du TUE impose aux Etats-membres d'adopter « *toutes les mesures nécessaires afin de remédier à l'omission d'une évaluation des incidences sur l'environnement, par exemple en retirant ou en suspendant une autorisation déjà accordée, afin d'effectuer une telle évaluation* »¹⁴¹², et que la possibilité de régulariser la méconnaissance d'une exigence

1407 David RENDERS, Emmanuelle GONTHIER, « Pour un renforcement du degré de protection juridictionnelle de l'évaluation des incidences sur l'environnement » in *L'environnement, le droit et le magistrat, Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Larcier, 2021, p. 501.

1408 CJCE, 3 juillet 2008, aff. 215/06, *Commission c/ Irlande*.

1409 *Id.*, §§ 54-56.

1410 *Id.*, § 57.

1411 CJUE, 26 juillet 2017, aff. 196/16, *Commune de Corridonia*.

1412 *Id.*, § 35.

procédurale issue du droit de l'Union devait demeurer exceptionnelle. Elle y indique par ailleurs qu'« une évaluation effectuée après l'implantation et la mise en service d'une installation ne peut se limiter aux incidences futures de celle-ci sur l'environnement, mais doit également prendre en compte les incidences environnementales intervenues depuis sa réalisation »¹⁴¹³ : la régularisation implique donc des obligations d'évaluation supplémentaires, qui semblent susceptibles d'atténuer l'efficacité du processus de correction.

754. Régularisation des illégalités internes. Si l'éventuelle absence d'incidence d'une illégalité externe sur le bien fondé de l'acte facilite l'admission de sa régularisation, il est apparu que l'altération du dispositif d'un acte ne constituait pas un obstacle théorique à la reconnaissance du caractère régularisable d'une illégalité interne.

755. Contentieux de l'urbanisme. Il est ainsi admis de manière classique, en droit de l'urbanisme, que les vices de fond entachant un permis de construire sont régularisables¹⁴¹⁴ au même titre que les vices de forme ou de procédure. Jusqu'à l'adoption de la loi ELAN, la jurisprudence administrative et les textes exigeaient que leur correction puisse être opérée au moyen d'un permis *modificatif*¹⁴¹⁵, ce caractère étant apprécié par le juge par référence au permis initial. La décision *Le Roy* de 1982 conduisait ainsi à regarder comme modificatif un permis apportant des altérations « sans influence sur la conception générale du projet initial »¹⁴¹⁶. La jurisprudence s'est peu à peu montrée plus souple, en admettant notamment que des modifications portant sur « des éléments tels que [l'] implantation [du projet], ses dimensions ou son apparence » soient opérées par un permis regardé comme modificatif¹⁴¹⁷. La régularisation d'une illégalité relative au contenu même du permis pouvait ainsi impliquer qu'il soit modifié, tant que la « conception générale » du projet initial n'était pas remise en cause par le permis modificatif¹⁴¹⁸.

756. Cette « limite tirée de l'absence de remise en cause de l'économie générale du projet »¹⁴¹⁹ a pu être franchie lorsque, avec l'adoption de la loi ELAN, le législateur a

1413 *Id.*, § 41.

1414 CE, 9 décembre 1994, n° 116447, *SARL Séri*, rec. T. p. 1262.

1415 Rozen NOGUELLOU, « La régularisation en droit de l'urbanisme », in Alix PERRIN (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, 2018, p. 122.

1416 CE, sect., 26 juillet 1982, *M. Le Roy*.

1417 CE, 4 octobre 2013, n° 358401, *M. Andrieu et Mme Perrée* ; CE, 1^{er} octobre 2015, n° 374338, *Commune de Toulouse et SCI Square de Jade*.

1418 CE, 1^{er} octobre 2015, n° 347338, *Commune de Toulouse*.

1419 Olivier FUCHS, « Régularisation des autorisations d'urbanisme », *RFDA* 2021, p. 146, concl. sur CE, sect., avis, 2 octobre 2020, n° 438318, *Barrieu*.

substitué à la notion de permis modificatif celle, plus vaste, de *mesure de régularisation*. En manifestant de la sorte sa « *volonté de sortir du cadre du permis modificatif* »¹⁴²⁰, il a incité le juge à admettre des corrections impliquant un degré plus profond de modification du projet initial, pouvant être effectuées selon des procédés variés¹⁴²¹. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences dans l'avis de section *M. Barrieu* du 2 octobre 2020, en jugeant qu'« *un vice entachant le bien-fondé de l'autorisation d'urbanisme est susceptible d'être régularisé, même si cette régularisation implique de revoir l'économie générale du projet en cause, dès lors que les règles d'urbanisme en vigueur à la date à laquelle le juge statue permettent une mesure de régularisation qui n'implique pas d'apporter à ce projet un bouleversement tel qu'il en changerait la nature même* »¹⁴²². Cette formulation répond aux conclusions du rapporteur public Olivier Fuchs qui, se référant lui-même aux travaux de William Gremaud, estimait nécessaire que la mesure de régularisation en droit de l'urbanisme conserve « *un lien avec l'acte initial* ». Une limite aussi tolérante que l'altération de la « *nature même* »¹⁴²³ du projet initial se prête toutefois à la régularisation d'une quantité très importante d'illégalités d'ordre interne. Il semble ainsi que la régularisation des permis de construire, libérée de toute entrave théorique, ne pourrait se heurter qu'à des obstacles résultant d'une impossibilité matérielle de corriger l'illégalité¹⁴²⁴. Dans l'intérêt de la résolution rapide du litige à laquelle aspire la technique de la régularisation en cours d'instance, il paraît alors souhaitable que l'appréciation du caractère régularisable tienne compte du délai dans lequel la correction pourrait être accomplie. En ce sens, les juridictions pourraient interpréter l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme en combinaison avec les dispositions de l'article R. 600-6, imposant des délais contraints pour le jugement des recours dirigés contre certains permis.

1420 *Id.*

1421 V. par ex. la régularisation prenant la forme d'une dérogation aux règles d'urbanisme applicables : CE, 17 décembre 2020, n° 432561, *SCCV Lapeyre*.

1422 CE, sect., avis, 2 octobre 2020, n° 438318, *M. Barrieu*, *AJDA* 2020, p. 2016, chron. Clément MALVERTI et Cyril BEAUFILS ; *AJCT* 2021, p. 51, obs. Henri BOUILLON ; *RDI* 2021, p. 51, obs. Michel REVERT ; *Jcp A* 2020, n° 42, 2272, note Johanna LEPLANOIS.

1423 Ce critère de la mesure de régularisation au sens de l'avis *M. Barrieu* a été transposé par le Conseil d'État à la définition du permis modificatif par la décision CE, sect., 26 juillet 2022, n° 437765, *Mme Vincler*, *AJDA* 2022 ? P ; 1768, chron. Thomas JANICOT, Dorothée PRADINES.

1424 Le rapporteur public Olivier Fuchs envisageait à titre d'exemples le cas du permis de construire sur un terrain inconstructible et le cas du permis obtenu par fraude. Le juge a également exclu que puisse être régularisée en cours d'instance l'illégalité résultant de la méconnaissance de l'obligation de présenter une demande portant sur les travaux irrégulièrement effectués lorsqu'est formulée une demande relative à de nouveaux travaux sur le même bâtiment (v. CE, 6 octobre 2021, n° 442182, *Société Marésias*, *DA* 2021, n° 12, act. 171 Anne COURREGES et, sur l'illégalité dont il est question, v. l'arrêt CE, 9 juillet 1986, n° 51172, *Thalamy*, rec. p. 201).

757. Ces développements du champ des illégalités régularisables, conjugués à l'obligation faite au juge d'envisager ce procédé, diminuent significativement la place de l'annulation dans le contentieux des autorisations d'urbanisme et soulèvent des interrogations quant à l'exercice du droit au recours : si le régime contentieux du permis modificatif implique que les parties doivent le contester dans le cadre de l'instance initiale, la diversification des modalités de régularisation aura pour effet de multiplier les configurations dans lesquelles le sort d'un acte sera suspendu à des instances parallèles¹⁴²⁵ susceptibles d'impliquer des parties différentes.

758. Contentieux contractuel. Le contentieux contractuel témoigne également de la possibilité de régulariser les illégalités de différentes natures entachant le contrat. Il n'est pas surprenant que le caractère régularisable des illégalités externes apparaisse nettement en matière de commande publique : en dehors des violations les plus graves des obligations européennes de publicité et de mise en concurrence, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une régularisation *a posteriori*¹⁴²⁶, il semble que « *tout vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant « seulement » les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement [soit] concerné* »¹⁴²⁷.

759. Le juge administratif a également explicitement reconnu la possibilité de régulariser certaines illégalités internes dans le contentieux des contrats de recrutement d'agents publics. La décision de section *Cavallo* de 2008 prévoit ainsi que la régularisation doit être recherchée « *notamment* » lorsque le contrat « *méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause* »¹⁴²⁸.

760. La régularisation d'illégalités internes affectant les clauses des contrats apparaît généralement bien admise par la jurisprudence. Afin de préserver la logique propre de la régularisation, la correction envisagée doit alors permettre « *d'adopter une solution respectueuse de l'état du droit sans changer le contrat si profondément qu'il s'agirait alors d'un nouveau contrat* »¹⁴²⁹. Le Conseil d'État a ainsi jugé, dans un arrêt *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole* de 2016, que l'illicéité de droits réels consentis sur le domaine

1425 V. ainsi la régularisation d'un permis de construire par l'institution judiciaire d'une servitude de passage : CAA Toulouse, 12 mai 2022, n° 19TL01569, *M. B... E.* ; v. également François-Xavier BRECHOT, « Comment sortir du labyrinthe ? Le recours du tiers contre l'acte de régularisation d'un document d'urbanisme », *AJDA* 2021, p. 871.

1426 Jean-François LAFaix, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats et marchés publics* 2017, août-septembre, étude n° 9, p. 5.

1427 Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, *id.*

1428 CE, sect., 31 décembre 2008, n° 283256, *Cavallo*.

1429 Jean-François LAFaix, *id.*, p. 7.

public par un contrat de bail à construction pouvait être régularisée par les parties. La mise en conformité du contrat avec le régime des droits réels sur le domaine public, qui impliquait en l'espèce l'ajout et la suppression de certaines clauses, pouvait en effet être envisagée sans que l'objet ni l'équilibre initial du contrat s'en trouvent trop gravement affectés. Une logique similaire apparaît dans une décision *Ville de Paris* de 2017, dans laquelle le Conseil d'État admet la possibilité de régulariser un bail emphytéotique administratif conclu pour la réalisation d'un édifice culturel par l'ajout de certaines clauses : dans l'hypothèse où le cocontractant de l'administration ne serait pas l'affectataire du lieu de culte, comme l'exige pourtant l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, le juge reconnaît « la possibilité pour les parties de régulariser le bail en y insérant une clause résolutoire garantissant l'affectation du lieu à une association culturelle ». Ainsi, « la modification du contrat, dont l'objet n'est pas en lui-même illicite, permet de le mettre en conformité et de le consolider »¹⁴³⁰.

761. Certaines illégalités internes paraissent toutefois irrégularisables, dans la mesure où elles présentent une gravité particulière¹⁴³¹ et où leur caractère décisif dans la formation de l'acte empêche d'envisager sa consolidation sans en altérer les caractéristiques essentielles. Il semble en aller ainsi lorsque l'illégalité tient à la violation de règles d'ordre public par des clauses indivisibles du contrat. Dans l'arrêt de 2013 *Société Espace Habitat Construction*, le Conseil d'État considère en ce sens que la renonciation de l'administration, par une clause jugée indivisible du contrat, à exercer son pouvoir de résiliation unilatérale constitue une illégalité justifiant que le contrat soit résilié dès lors qu'elle a eu « un caractère déterminant » dans sa conclusion. L'illicéité de l'objet du contrat lui-même fait également obstacle à la régularisation¹⁴³², dès lors que sa modification impliquerait une véritable transformation du contrat. De même, la conclusion du contrat avec une personne dont la candidature aurait dû être écartée comme incomplète est regardée comme un vice ne pouvant être régularisé devant le juge, entachant la validité du contrat et justifiant sa résiliation¹⁴³³.

1430 *Id.*, p. 8.

1431 Sur ce point, v. Jean-François LAFaix, *id.*, pp. 7-8. V. pour un exemple de vice d'une particulière gravité l'arrêt CE, 15 mars 2019, n° 413584, *S.A. gardéenne d'économie mixte, Contrats et marchés publics* 2019, n° 24, 2175, note Sylvain HUL.

1432 CAA Bordeaux, 17 juillet 2017, n° 15BX01573, *Société Philippe Védiaud Publicité* (arrêt annulé par le Conseil d'État, la Cour ayant « commis une erreur de droit en déduisant de la circonstance que l'implantation des mobiliers urbains sur le domaine public routier nécessitait la délivrance d'une permission de voirie par la communauté urbaine de Bordeaux l'incompétence de la commune pour passer un tel contrat ». V. CE, 30 novembre 2018, n° 414384).

1433 CE, 28 mars 2022, n° 454341, *Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development* ; selon une logique proche, le Conseil d'État a jugé que la méconnaissance du principe d'impartialité caractérisée par une situation de conflit d'intérêt est un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat :

762. Le rapprochement des solutions retenues dans les contentieux de l'urbanisme et des contrats révèle ainsi que le juge administratif admet largement et fréquemment la régularisation d'illégalités internes, ce qui tend à réfuter la conception stricte de la régularisation selon laquelle celle-ci ne devrait aucunement affecter le dispositif de l'acte. Toute illégalité paraît ainsi pouvoir être régularisée, sous réserve que la correction n'emporte pas de bouleversement des caractéristiques essentielles de l'acte¹⁴³⁴. Dans cette perspective, il apparaît souhaitable que le délai dans lequel la régularisation peut matériellement être accomplie soit pris en compte par le juge lorsqu'il doit envisager de recourir à un procédé d'annulation conditionnelle.

763. Bien que la distinction des causes de légalité ne détermine pas, par elle-même, le caractère régularisable des illégalités, elle paraît exercer une influence sur les modalités selon lesquelles le juge identifie les règles applicables à l'acte de régularisation.

764. Dès l'arrêt *Commune de Sempy* de 2017, le Conseil d'État a ainsi indiqué, à propos de la régularisation des documents d'urbanisme effectuée sur le fondement de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme, qu'il appartenait « à l'autorité compétente de régulariser le vice de forme ou de procédure affectant la décision attaquée en faisant application des dispositions en vigueur à la date à laquelle cette décision a été prise ». Cette solution a été étendue au plein contentieux des autorisations environnementales et à la procédure de l'article L. 181-18 du code de l'environnement par l'avis *Danger de tempête sur le patrimoine rural* du 27 septembre 2018, ainsi qu'à la procédure de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme par l'arrêt *Société MSE La Tombelle* du 27 mai 2019¹⁴³⁵. Le Conseil d'État y juge qu'« un vice de procédure, dont l'existence et la consistance sont appréciées au regard des règles applicables à la date de la décision attaquée, doit en principe être réparé selon les modalités prévues à cette même date ». Il précise en outre que, « si ces modalités ne sont pas légalement applicables, notamment du fait de l'illégalité des dispositions qui les définissent, il appartient au juge de rechercher si la régularisation peut être effectuée selon d'autres modalités, qu'il lui revient de définir en prenant en compte les finalités poursuivies par les règles qui les ont instituées et en se référant, le cas échéant, aux dispositions en vigueur à la date à laquelle il statue ».

CE, 25 novembre 2021, n° 454466, *Collectivité de Corse*, DA 2022, act. 24 Anne COURREGES.

1434 V. pour un exemple d'illégalité irrégularisable affectant une autorisation d'exploiter un parc éolien : CAA Nantes, 15 février 2022, n° 20NT03738 et 20NT03774, *M. B. et Association Vent de discorde*.

1435 CE, 16 février 2022, n° 420554 et 420575, *Société MSE La Tombelle*.

765. À l'inverse du principe d'appréciation statique de la légalité formelle et procédurale, le juge entend apprécier de manière dynamique le caractère régularisable des vices entachant le bien-fondé de l'acte. S'inscrivant dans la ligne de la décision *Association des Américains Accidentels*, l'arrêt *SCI Alexandra* du 3 juin 2020 précise ainsi que, « s'agissant des vices entachant le bien-fondé du permis de construire, le juge doit se prononcer sur leur caractère régularisable au regard des dispositions en vigueur à la date à laquelle il statue et constater, le cas échéant, qu'au regard de ces dispositions le permis ne présente plus les vices dont il était entaché à la date de son édicton ». Cette solution, confirmée par l'avis *M. Barrieu*, engendre une double remise en cause des caractères classiques du contentieux de l'excès de pouvoir, en s'éloignant du principe selon lequel la légalité de l'acte contesté est appréciée à la date de son édicton et en renforçant les différences dans le traitement des illégalités. Elle paraît également permettre la régularisation par la modification de l'ordonnancement juridique¹⁴³⁶, ce qui a été admis en plein contentieux¹⁴³⁷ et en contentieux de l'excès de pouvoir¹⁴³⁸.

766. Limitées, pour l'heure, à des matières particulières, ces évolutions des règles du contentieux de l'excès de pouvoir et de l'office de son juge font de lui un juge régularisateur avant d'être un juge de l'annulation : l'approche des vices de légalité externe et interne est orientée dans la perspective du maintien de l'acte et le juge en vient à admettre que le droit objectif soit adapté à l'acte dont il entend permettre le maintien, alors que l'approche traditionnelle postulait la suppression de l'acte contraire aux normes supérieures. Cet inflexionnement de la perception des illégalités entraîne ainsi une profonde mutation de la fonction même du contentieux de la légalité qui, dans certaines matières, ne semble plus destiné à garantir la conformité de l'acte adopté aux règles qui lui sont supérieures mais plutôt animé par la recherche d'une quelconque mise en compatibilité du droit objectif et de l'acte attaqué, sous le contrôle d'un « juge médiateur »¹⁴³⁹.

767. La transformation de l'office du juge revêt également une dimension concrète se traduisant par une évolution de sa substance.

1436 En ce sens, v. William GREMAUD, *op. cit.* p. 357.

1437 CE, 16 décembre 2016, n° 391452, *Société Ligérienne granulats*, *AJDA* 2017, p. 694, note Jean-Charles ROTOULLIE.

1438 CE, 7 mars 2018, n° 404079, *Bloch*, *AJDA* 2018, p. 535.

1439 Louis de FOURNOUX, « Appréciation dynamique de la légalité en excès de pouvoir : vers un juge médiateur », *RFDA* 2021, p. 1021.

B - Une évolution dans la substance de l'office du juge

768. Sous l'influence du principe de sécurité juridique et face au développement des procédés de régularisation, la substance de l'office du juge s'est transformée. Avant d'envisager l'annulation, il lui revient désormais d'apprécier la possibilité de recourir à la régularisation d'acte (1), ce qui implique certaines adaptations de ses méthodes classiques (2).

1 - Le choix du recours à la régularisation

769. La régularisation d'acte peut être accomplie spontanément par l'administration. Le juge de l'annulation et le juge de l'exécution peuvent également, selon différentes techniques, attribuer un caractère conditionnel à l'annulation afin de permettre la régularisation de l'acte par son auteur. Ainsi, bien que la décision de régulariser l'acte ou de s'en abstenir ne lui appartienne pas, le juge exerce un rôle important dans ce processus, tant par la suspension de son pouvoir d'annulation que par le contrôle qu'il porte sur sa mise en œuvre.

770. **Office du juge de l'exécution.** À cet égard, il n'est pas surprenant que la marge de manœuvre du juge de l'exécution soit assez limitée. Par nature, sa fonction ne peut s'exercer que dans le cadre défini en amont par le juge du fond : « *lorsqu'un acte a été annulé, le juge de l'exécution doit se poser la question de savoir si l'illégalité censurée est régularisable, puisqu'il ne peut enjoindre à l'administration que ce que l'annulation prononcée, éclairée par le motif d'annulation retenu, implique nécessairement. Si l'illégalité est régularisable, il doit donc prononcer une injonction tenant compte de la faculté de régularisation qui appartient à l'administration* »¹⁴⁴⁰. L'office du juge de l'exécution se trouve dès lors directement influencé par la reconnaissance formelle d'un pouvoir de régularisation au bénéfice de l'administration¹⁴⁴¹. Il en résulte, comme l'illustre l'arrêt *Commune d'Emerainville*, qu'il est inévitablement amené à prononcer une injonction sous réserve de régularisation, que le rapporteur public Vincent Daumas désignait par l'expression d'« *injonction conditionnelle* »¹⁴⁴². Ainsi, dans toutes les hypothèses d'annulation à exécution conditionnelle évoquées précédemment – en matière de fichiers informatiques, de titres exécutoires, de subventions, de contrats administratifs – la jurisprudence indique de manière très explicite qu'il « *appartient* » au juge de l'exécution de rechercher si une régularisation est possible avant d'envisager la prescription de toute autre mesure d'exécution.

1440 Vincent DAUMAS, *id.*

1441 Olivier FUCHS, « Exécution et régularisation », *Civitas Europa* 2017, n° 39, p. 99.

1442 Vincent DAUMAS, *ibid.*

771. Office du juge du fond. Le développement des possibilités de régularisation affecte également de manière très marquée l'office du juge du fond, à qui il est désormais fait obligation, tant dans certaines branches du contentieux de la légalité des actes unilatéraux que dans celui de la validité des contrats administratifs, de privilégier le recours aux sanctions conditionnelles et donc la stabilité des situations sur l'application stricte du principe de légalité.

772. Contentieux contractuel. Tel qu'il est défini par les décisions d'assemblée *Commune de Béziers et Département de Tarn-et-Garonne*, l'office du juge de la validité des contrats l'amène en effet à privilégier l'« *objectif de protection de la stabilité des relations contractuelles* »¹⁴⁴³ plutôt que le recours à des sanctions impliquant la fin du contrat. D'une manière générale, le juge du contrat est désormais « *tenu d'examiner d'office la question de la possibilité de la régularisation* »¹⁴⁴⁴, qui constitue le premier remède envisageable face à l'illégalité du contrat tandis que la résiliation ou la résolution du contrat sont désormais prononcées en dernier recours.

773. Contentieux de l'urbanisme. À la différence du juge du contrat, le juge de l'excès de pouvoir ne retient pas, d'une manière globale, la régularisation comme mécanisme privilégié de rétablissement de la légalité. Ce n'est donc que lorsqu'un texte le prévoit qu'il peut conférer un caractère conditionnel à la sanction afin de permettre la régularisation, ce qui se réduit aux hypothèses d'application des articles L. 600-5, L. 600-5-1 et L. 600-9 du code de l'urbanisme¹⁴⁴⁵. Si le champ dans lequel s'opère l'évolution de l'office du juge de l'annulation est ainsi matériellement limité au seul contentieux de l'urbanisme, sa portée est, dans ce domaine, d'une profondeur considérable.

774. Faculté. La mise en œuvre des pouvoirs prévus par les articles L. 600-5 et L. 600-5-1 a d'abord été laissée à la libre appréciation du juge, ce qui pouvait se prêter à certaines différences d'appréciation entre les juridictions du fond¹⁴⁴⁶. La décision *SCI des Fins et Commune d'Annecy* de 2014¹⁴⁴⁷ avait ainsi jugé que l'annulation partielle de l'article L. 600-5

1443 CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 506, concl. Emmanuel GLASER, p. 519, comm. Dominique POUYAUD ; AJDA 2010, p. 142, chron. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI.

1444 Jean-François LAFAIX, *id.*, p. 10.

1445 Sous réserve de l'hypothèse, inspirée de ces mécanismes législatifs, de la régularisation de l'arrêté de déclaration d'utilité publique, envisagée par l'arrêt *Commune de Grabels* (n° 437634).

1446 A propos de l'article L. 600-5, v. : Renaud THIELE, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », AJDA 2015, p. 1357.

1447 CE, 15 octobre 2014, n° 359175, *SCI des Fins et Commune d'Annecy*.

était une « *faculté* » pour le juge du fond qui, en l'absence de conclusions en ce sens, pouvait s'abstenir d'en faire usage sans que son appréciation puisse être contrôlée par le juge de cassation. De même, la décision *Société PCE* de 2017 avait très clairement qualifié « *l'exercice de la faculté de surseoir à statuer afin de permettre la régularisation du permis* » de « *pouvoir propre du juge* », dont la mise en œuvre relève, lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, de son appréciation souveraine.

775. Obligation. L'adoption de la loi ELAN en 2018 a toutefois emporté une modification d'importance dans la rédaction de ces deux dispositions. Suivant les préconisations du rapport *Maugüé* visant à « *faire du prononcé d'une annulation partielle ou bien d'un sursis à statuer lorsque les conditions en sont remplies une obligation pour le juge* »¹⁴⁴⁸, le législateur a fait le choix de donner une formulation impérative aux articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Par son avis *M. Barrieu* du 2 octobre 2020, le Conseil d'État a manifesté la réception de cette évolution conceptuelle¹⁴⁴⁹ en précisant les modalités de l'articulation des deux dispositifs. Ainsi, « *lorsque le ou les vices affectant la légalité de l'autorisation d'urbanisme dont l'annulation est demandée, sont susceptibles d'être régularisés, le juge doit surseoir à statuer sur les conclusions dont il est saisi contre cette autorisation* ». Il « *n'est toutefois pas tenu de surseoir à statuer, d'une part, si les conditions de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme sont réunies et qu'il fait le choix d'y recourir, d'autre part, si le bénéficiaire de l'autorisation lui a indiqué qu'il ne souhaitait pas bénéficier d'une mesure de régularisation* ».

776. L'office du juge du fond s'en trouve profondément affecté, dès lors qu'il se voit tenu de rechercher en priorité et de manière « *systématique* »¹⁴⁵⁰ la possibilité d'une régularisation. Il en résulte nécessairement, non seulement dans la pratique mais sur le plan même des principes régissant la fonction du juge, que « *les annulations deviennent exceptionnelles* »¹⁴⁵¹. Le refus de mettre en œuvre ces pouvoirs doit faire l'objet d'une motivation spécifique, sur laquelle le juge de cassation peut exercer un contrôle¹⁴⁵².

1448 *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace*, janvier 2018, pp. 27-28.

1449 CE, sect., avis, 2 octobre 2020, n° 438318, *Barrieu*, *AJDA* 2020, p. 2016, chron. Clément MALVERTI et Cyril BEAUFILS ; *AJCT* 2021, p. 51, obs. Henri BOUILLON ; *RDI* 2021, p. 51, obs. Michel REVERT ; *RFDA* 2021, p. 146, concl. Olivier FUCHS.

1450 Christine MAUGÜE, Cécile BARROIS DE SARRIGNY, « 2018 : une nouvelle étape de la spécificité du contentieux de l'urbanisme », *RFDA* 2018, p. 33.

1451 Rozen NOGUELLOU, « La réforme du contentieux de l'urbanisme », *AJDA* 2019, p. 107.

1452 CE, sect., 15 février 2019, n° 401384, *Commune de Cogolin*, *RFDA* 2019, p. 543, concl. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE.

777. Contentieux des autorisations environnementales. Les dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement qui, contrairement à celles du code de l'urbanisme, ne sont pas formulées selon un mode impératif, confèrent une marge de manœuvre supérieure au juge de plein contentieux lorsqu'il est envisageable de régulariser une autorisation environnementale. La décision *Société Egiom* du 11 mars 2020 a précisé en sens que ce texte ouvrait au juge une « *faculté* » de surseoir à statuer en vue de la régularisation, relevant de l'exercice d'un pouvoir propre, que le juge du fond n'est tenu de mettre en œuvre qu'en présence de conclusions en ce sens¹⁴⁵³.

778. Mutation. Il apparaît ainsi que le développement des pouvoirs de régularisation et d'annulation conditionnelle, sous l'influence de l'exigence de stabilité des situations juridiques, entraîne une mutation très significative de l'office du juge administratif, en excès de pouvoir comme en plein contentieux, au stade de l'annulation comme de l'exécution de la décision de justice. Parmi les différentes hypothèses envisagées au cours de ces développements, il semble que ce n'est que dans le plein contentieux de l'environnement et, en contentieux de l'excès de pouvoir, dans les hypothèses d'application de l'article L. 600-9 du code de l'urbanisme que le juge du fond dispose encore d'une réelle *faculté* de choisir la régularisation ou l'annulation en fonction des circonstances de l'espèce. Dans tous les cas, prendre la décision d'envisager la régularisation de l'acte plutôt que son annulation exige également du juge qu'il adapte ses méthodes.

2 - L'adaptation des méthodes du juge

779. La possibilité de la régularisation ne dépend pas uniquement de l'identification d'un vice régularisable, mais également de l'absence de toute autre illégalité insusceptible d'être corrigée. Différentes techniques permettent au juge du fond de s'assurer que le litige est entièrement vidé et que la régularisation pourra ainsi être utilement envisagée.

780. Dérogation à la pratique de l'économie de moyens. L'une d'entre elles consiste à déroger à la pratique de l'économie de moyens, qui autorise le juge, en certaines hypothèses, à s'abstenir de répondre à l'ensemble des moyens opérants soulevés par les parties. Lorsqu'il accueille la requête, le juge peut en effet, en application de cette pratique, se limiter à retenir un unique moyen s'il estime qu'il suffit à justifier l'annulation de l'acte. Si cette méthode offre un gain de temps lors de la rédaction de la décision, elle présente en contrepartie

1453 CE, 11 mars 2020, n° 423164, *Société Egiom*.

l'inconvénient de laisser une incertitude sur le bien-fondé éventuel des autres moyens de la requête. A l'inverse, en examinant d'office tous les moyens invoqués par le requérant en plus des moyens d'ordre public, le juge peut, au prix d'un effort d'analyse et de motivation, apprécier la légalité de l'acte querellé de manière plus globale et apporter une solution plus définitive au litige.

781. Certaines dispositions législatives ont dès lors prévu des dérogations à cette pratique : les articles L. 600-5, L. 600-5-1 et L. 600-9 du code de l'urbanisme, de même que l'article L. 181-18 du code de l'environnement, prévoient en ce sens que le juge ne peut employer les pouvoirs d'annulation conditionnelle qu'ils lui confèrent qu'« *après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés* ». Cette exigence méthodologique supplémentaire par rapport au droit commun du contentieux administratif apporte la garantie que la régularisation de l'autorisation ou du document d'urbanisme ne sera pas compromise par l'existence d'une illégalité incorrigible non décelée au cours de la phase juridictionnelle. Dans ses conclusions sur la décision *Commune d'Emerainville*, Vincent Daumas prenait position en faveur d'un abandon généralisé de la pratique de l'économie de moyens dans les hypothèses où le juge de l'annulation, saisi de conclusions à fin d'injonction, accueille un moyen tiré d'une illégalité régularisable. Compte tenu de l'obligation pour le juge de l'exécution de prononcer une injonction conditionnelle lorsque l'annulation est fondée sur une illégalité régularisable, une telle solution permettait selon le rapporteur public d'éviter que le juge de l'exécution se voit contraint de permettre la régularisation d'un acte pourtant entaché d'une illégalité incorrigible. Le Conseil d'État n'a pas fait le choix d'un abandon formel de l'économie de moyens, qui ne constitue une obligation pour le juge que lorsqu'un texte le prévoit.

782. Examen prioritaire des moyens de légalité interne. À défaut de se prononcer de manière systématique sur l'ensemble des moyens de la requête, le juge peut apprécier le caractère régularisable de l'acte en concentrant son attention sur certains moyens qui, s'ils étaient fondés, s'opposeraient à la sauvegarde de l'acte. Ainsi, en faisant porter son contrôle en priorité sur les moyens de légalité interne, regardés comme moins fréquemment régularisables que ceux qui relèvent de la légalité externe, le juge de l'annulation peut s'assurer que le juge de l'exécution ne se trouvera pas confronté à une fausse fenêtre lorsqu'il devra prononcer une injonction conditionnelle. Une telle approche méthodologique, qualifiée

de « *bonne pratique* »¹⁴⁵⁴ par les commentateurs autorisés du Conseil d'État, s'impose au juge de l'annulation dans certaines hypothèses.

783. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, il résulte de la décision de section *Société Eden* du 21 décembre 2018¹⁴⁵⁵ que le juge se voit désormais obligé d'examiner en priorité les moyens qui sont de nature à justifier, le cas échéant, le prononcé de l'injonction demandée par le requérant ou ceux qui se rattachent à la cause juridique correspondant à sa demande principale. Ainsi, lorsque le requérant formule des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de prendre une mesure dans un sens déterminé en application de l'article L. 911-1 du CJA ou lorsqu'il conteste à titre principal le bien-fondé de la décision, il appartient au juge d'examiner en priorité les moyens de légalité interne. Si, dans une telle hypothèse, aucun de ces moyens n'apparaît fondé, le juge de l'annulation pourra, s'il retient un moyen de légalité externe, ouvrir assez clairement la perspective d'une régularisation d'acte au stade de l'exécution de la décision.

784. Cette logique initiée dans le contentieux de l'excès de pouvoir a été étendue au plein contentieux objectif des titres exécutoires, où elle a été conciliée avec celle de la décision *Commune d'Emerainville* par un arrêt *Société Mandataires judiciaires associés* du 5 avril 2019. Conformément à la jurisprudence *Mme Mas*, l'arrêt de 2019 rappelle que « *l'annulation d'un titre exécutoire pour un motif de régularité en la forme n'implique pas nécessairement, compte tenu de la possibilité d'une régularisation par l'administration, l'extinction de la créance litigieuse, à la différence d'une annulation prononcée pour un motif mettant en cause le bien-fondé du titre* ». Dès lors, le Conseil d'État en déduit que « *lorsque le requérant choisit de présenter, outre des conclusions tendant à l'annulation d'un titre exécutoire, des conclusions à fin de décharge de la somme correspondant à la créance de l'administration, il incombe au juge administratif d'examiner prioritairement les moyens mettant en cause le bien-fondé du titre qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de la décharge* ». Après avoir examiné ces moyens, le juge du fond peut soit constater que le titre exécutoire est infondé et prononcer la décharge, soit admettre que son bien-fondé ne peut être remis en cause et, dans l'hypothèse où l'acte serait tout de même

1454 Guillaume ODINET, Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016, p. 1859.

1455 CE, sect., 21 décembre 2018, n° 409678, *Sté Eden*, *RFDA* 2019, p. 281, concl. Sophie ROUSSEL, p. 293, note Pierre-Yves SAGNIER ; *AJDA* 2019, p. 271, chron. Yannick FAURE et Clément MALVERTI ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 27, chron. Bertrand SEILLER ; *DA* 2019, n° 4, comm. 22 Gweltaz EVEILLARD.

entaché d'une illégalité externe, recourir à la technique de l'annulation à exécution conditionnelle afin de permettre sa régularisation par l'administration.

785. Une telle combinaison de la jurisprudence *Société Eden* et *Commune d'Emerainville* permet au Conseil d'État d'éviter de généraliser l'abandon de l'économie de moyens que suggérait le rapporteur public Vincent Daumas. Il est possible d'envisager la transposition de la logique de la décision *Société Mandataires judiciaires associés* à la plupart des hypothèses où la technique de l'annulation à exécution conditionnelle est mise en œuvre par le juge, et il semble inévitable qu'elle doive s'appliquer en matière de recours pour excès de pouvoir contre les décisions de versement de subventions. Il apparaît ainsi que l'étendue du contrôle des moyens invoqués par le requérant varie en fonction de l'existence d'un régime législatif imposant l'examen de l'ensemble des moyens ou d'un régime jurisprudentiel exigeant seulement l'examen prioritaire des moyens de légalité interne. Cette distinction semble alignée sur le champ des illégalités jugées régularisables *ratione materiae*. Dès lors qu'en droit de l'urbanisme, la catégorie des illégalités régularisables ne se limite pas aux seules illégalités externes, il est justifié que le juge doive faire porter son contrôle sur l'ensemble des moyens invoqués pour s'assurer de la possibilité d'une régularisation. A l'inverse, dans le cadre de la jurisprudence relative aux titres exécutoires ou aux subventions, le Conseil d'État semble retenir une conception plus étroite des illégalités régularisables et se borne à évoquer les illégalités formelles et procédurales, il est donc cohérent que l'examen de la possibilité de la régularisation implique essentiellement de vérifier à titre préalable qu'aucune illégalité interne ne s'y oppose. Dans cette perspective, il semble inévitable que toute extension du champ des illégalités régularisables s'accompagne d'un affermissement des obligations pesant sur le juge en terme d'examen des moyens présentés dans la requête.

786. Par des procédés de sauvegarde variés dont le nombre et l'efficacité ont été renforcés, le juge peut ainsi éviter de prononcer une sanction à la suite du constat d'une illégalité. S'il ne surprend plus, le constat de ces évolutions interroge inévitablement sur le sens de son office : « *le juge administratif est-il encore dans son rôle lorsqu'il rectifie les illégalités commises par l'administration ou l'invite à les rectifier par elle-même ?* »¹⁴⁵⁶. Il ne peut être nié que ses pouvoirs de sauvegarde et d'annulation conditionnelle s'insèrent avec logique dans une conception moderne de celui-ci. Leur première inspiration commune est en effet le souci de faire un usage juste du pouvoir d'annulation et d'éviter que cette puissante sanction soit

1456 Bertrand SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791.

employée mécaniquement, voire aveuglement. Au-delà de ces considérations introspectives, il est évident que le juge envisage ces pouvoirs comme des instruments lui permettant de veiller à la stabilité des situations juridiques, sans transgresser les exigences de la légalité.

Conclusion du Chapitre 1

787. De l'arrêt *Dame Perrot* à la loi ELAN et ses suites, plus de cinquante années se sont écoulées pendant lesquelles les techniques de sauvegarde des actes illégaux se sont développées dans l'office du juge, tant sous l'influence du Conseil d'État que du législateur. S'il apparaît ainsi que ces évolutions suivent de longue date un cap favorable à la stabilité des actes administratifs, les années 2000 peuvent être identifiées comme celles de l'affirmation de cette direction comme une véritable tendance de fond du contentieux de la légalité. Mesurant les implications de son pouvoir d'injonction, le juge administratif a été amené à porter un regard actuel sur les circonstances dans lesquelles ses décisions devraient être exécutées afin d'éviter de prononcer des annulations qui auraient pu être perçues comme platoniques, voire néfastes. Selon des modalités différentes, les arrêts *Vassilikiotis*, *Titran*, *El Bahi*, *Hallal* ou *SCI La Fontaine de Villiers* témoignent ainsi d'une préoccupation plus vaste d'effectivité de la décision, observée au prisme de son exécution : les techniques d'injonction prétorienne, de substitution de base légale ou de motifs ainsi que la dérogation au principe d'appréciation statique de la légalité afin de tenir compte de la régularisation d'un vice de procédure en cours d'instance ont en commun d'éviter la disparition d'un acte au motif qu'il pourrait être repris ou amendé, cette perspective paraissant susceptible de priver une censure de son *utilité*. Ces arrêts des années 2000, qui ont illustré l'émergence d'une « *dimension constructive* »¹⁴⁵⁷ de l'office du juge de l'excès de pouvoir, trouvent tous un écho dans la jurisprudence *Association des Américains Accidentels* qui matérialise positivement le souci aigu de l'utilité de ses décisions actuellement exprimé par le juge administratif.

788. Continu, le développement des techniques de sauvegarde et de correction des actes illégaux se présente également comme un mouvement transversal et exponentiel. Il est apparu que tous les types d'actes, réglementaires ou non, unilatéraux ou contractuels, positifs ou négatifs, étaient susceptibles d'être préservés de la disparition par une ou plusieurs techniques. La nature des illégalités n'exerce quant à elle pas d'influence déterminante sur la possibilité qu'elles soient régularisées, et la gravité prêtée à certaines d'entre elles ne paraît pas s'opposer théoriquement à leur correction tant qu'il s'agit de *consolider* un acte sans le transformer radicalement. En outre, les procédés de sauvegarde eux-mêmes se sont multipliés. Aux premières techniques consacrées par la voie prétorienne visant à corriger les illégalités relatives aux motifs et à la base légale des actes administratifs a ainsi été associé un arsenal de

1457 Jean-Marc SAUVE, « Le juge administratif au défi de l'efficacité », *RFDA* 2012, p. 613.

dispositifs législatifs qui, à leur tour, ont inspiré la jurisprudence. Dans certains contentieux comme celui de l'urbanisme, la quantité des mécanismes pouvant être employés afin de ne pas annuler un acte qui paraît pouvoir être sauvé confirme leur renforcement au détriment de la technique de l'annulation et traduit explicitement l'importance accordée à la valeur de la stabilité des situations par rapport à celle de la légalité¹⁴⁵⁸.

789. Si la légalité est, *in fine*, satisfaite par la mise en conformité de l'acte litigieux à ses exigences, ces différentes techniques « *au service de la sécurité juridique* »¹⁴⁵⁹ induisent une révision de l'équilibre processuel originel du recours en défaveur du requérant. Certes, ses intérêts sont protégés par les garanties dont la mise en œuvre de chaque mécanisme est assortie, tenant en particulier à l'exercice du contradictoire. La possibilité que chaque tentative de sauvegarde de l'acte litigieux soit soumise au débat devant le juge suffit, selon ce dernier, au respect du droit à un recours effectif¹⁴⁶⁰. Il est vrai que le requérant est mis en mesure de faire valoir ses arguments contre l'acte qui lui fait grief et de faire de même à l'égard de celui qui entend le régulariser : d'un point de vue technique, il paraît effectivement n'être privé d'aucune garantie dont il pouvait disposer auparavant. Malgré tout, le cheminement procédural qu'il doit suivre pour obtenir gain de cause devient plus long et exigeant, tandis que l'avantage qu'il peut espérer en retirer semble s'amoinrir et que la légalité apparaît elle-même plus fuyante.

790. Sous l'influence, d'une part, de l'analyse utilitariste de l'effet des décisions du juge administratif et, d'autre part, des attentes de stabilité des situations propres à des matières spécifiques, le contentieux de la légalité des actes de la puissance publique semble finalement exposé, des racines aux branches, à un double mouvement conduisant à une relecture de ses fonctions. Au rétablissement de la légalité par l'annulation classiquement recherché dans le recours pour excès de pouvoir se substitue progressivement un rétablissement de la légalité par l'adaptation de l'acte litigieux à l'ordonnancement juridique, ou inversement¹⁴⁶¹, qui présente le risque d'altérer la légalité en tant que valeur. Or, cette dernière ne se réduit pas à un principe abstrait de conformité des actes aux règles supérieures mais traduit également des exigences d'orientation de l'action de l'administration dans le sens de l'État de droit, dont l'effectivité suppose qu'elles soient respectées *a priori* et de manière systématique. Dans cette

1458 Fabien MARTIN, « La légende de l'annulation », *RFDA* 2021, p. 134.

1459 William GREMAUD, *op. cit.*, p. 170.

1460 V. pour une illustration significative : CE, 17 mars 2021, n° 436073, *Mme Venturin*.

1461 Notamment dans l'hypothèse de l'attribution *a posteriori* d'une compétence qui faisait défaut à l'auteur d'un acte réglementaire, permise par la décision *Association des Américains Accidentels*.

perspective, la force de contrainte induite par le risque de l'annulation d'un acte illégal confère encore à cette sanction une utilité propre.

791. D'autres techniques permettent cependant d'éviter son usage, lorsque l'acte est entaché d'un vice regardé comme tolérable et dont la correction ou la sanction ne sont, à ce titre, pas nécessaires.

Chapitre 2 - L'évitement de la sanction par la tolérance des vices de l'acte

792. Tout vice résultant de la méconnaissance d'une règle supérieure ne constitue pas nécessairement une illégalité devant entraîner la sanction de l'acte. Une telle conception pragmatique des exigences du principe de la légalité permet dès lors à un acte vicié de prétendre à la stabilité en dépit de son imperfection. Pour cela, il est nécessaire que l'irrégularité qui l'affecte présente aux yeux du juge un caractère « *excusable* »¹⁴⁶². La hiérarchisation entre les vices qui sont tolérables et ceux qui ne le sont pas repose sur plusieurs logiques différentes, et semble essentiellement dépendre d'une mise en balance utilitariste effectuée par le juge entre, d'une part, les avantages de la disparition de l'acte irrégulier et, d'autre part, l'intérêt que présente son maintien.

793. De manière classique, le juge se montre particulièrement tolérant à l'égard des vices relatifs à la régularité externe de l'acte. Dans la mesure où ils concernent les modalités de son adoption mais n'ont pas nécessairement d'influence sur la validité de son contenu, ils sont considérés comme étant d'une importance inférieure aux vices de légalité interne, qui constituent des obstacles de fond au maintien de l'acte dans l'ordonnement juridique. Une tendance au rejet du « *formalisme* »¹⁴⁶³ excessif conduit ainsi le juge administratif à faire preuve de bienveillance à l'égard de l'administration et à refuser de qualifier un certain nombre de vices de légalité externe objectivement constatés comme des illégalités devant entraîner l'annulation (**Section 1**).

794. Parallèlement à cette logique s'est amorcé un mouvement de tolérance justifié par l'absence d'influence du vice dénoncé sur la situation du requérant. Etrangère aux principes classiques du contentieux de la légalité en droit interne, cette nouvelle tendance trouve son origine dans des systèmes juridiques européens aux conceptions subjectivistes plus ou moins affirmées. La neutralisation d'un vice qui n'a pas effectivement lésé les intérêts du demandeur s'avère particulièrement efficace pour garantir la stabilité des situations juridiques et permet notamment au juge de tolérer des vices qui, dans certains cas, pourraient constituer des illégalités. Son essor dans certaines branches du contentieux en témoigne, mais s'est accompli au prix d'une subjectivisation et d'un recul incontestables du principe de légalité (**Section 2**).

1462 Jean-Charles ROTOULLIE, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094.

1463 Gabriel ARDANT, « La double origine du formalisme », *La Revue Administrative*, 1952, n° 29, p. 499.

Section 1 - La tolérance des vices affectant la régularité externe de l'acte

795. L'existence de dispositions visant à encadrer la production des actes juridiques peut être constatée à tous les niveaux de la hiérarchie des normes. Les règles de formes qu'elles définissent poursuivent des finalités diverses et permettent le plus souvent de renforcer la qualité de la norme et de garantir les intérêts de ses destinataires. Ces exigences constituent une dimension spécifique de la légalité, qualifiée d'externe, en ce qu'elles sont extérieures à l'acte et à son contenu. Elles s'imposent évidemment aux autorités normatives et il appartient en conséquence au juge de la légalité d'en assurer le respect. Celui-ci manifeste toutefois une plus grande tolérance face à leur méconnaissance que lorsqu'une violation de la légalité interne est en cause.

796. Inspirée par le souci de ne pas entraver excessivement l'activité des pouvoirs publics et de garantir la stabilité des situations, cette souplesse repose de manière constante sur une relativisation conceptuelle de la valeur des exigences de forme et de procédure (§ 1). Elle s'est traduite par la subjectivisation du contrôle de légalité des actes administratifs en matière procédurale (§ 2).

§ 1 - La relativisation conceptuelle de la valeur de la légalité formelle et procédurale

797. La tolérance des illégalités externes repose sur une logique classique de relativisation de la gravité des vices de forme et de procédure. Il est ainsi fréquemment rappelé que, contrairement à l'illégalité interne, l'illégalité externe « *laisse intacte la faculté, pour l'administration, de refaire l'acte sans violer la chose jugée* »¹⁴⁶⁴. Cette relativisation s'appuie, en premier lieu, sur la dissociation et la hiérarchisation des composantes de la légalité externe (A) et, d'autre part, sur l'admission d'une distinction des vices de légalité externe fondée sur leur caractère substantiel ou non substantiel (B).

A - La dissociation du vice d'incompétence et des vices de forme et de procédure

798. Vice d'incompétence. Dans les premières années du XIX^{ème} siècle, la compétence contentieuse du Conseil d'État est déduite des dispositions de la Constitution de l'an VIII qui le chargent d'une manière générale de « *résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». Si des législations ponctuelles prévoyaient alors sa compétence pour juger des recours en annulation dirigés contre certaines décisions de l'administration, aucun texte de

¹⁴⁶⁴ Jean KAHN, concl. sur CE, sect., 23 mars 1956, n° 3587, *Dame veuve Ginestet*, rec. p. 141, *AJDA* 1956, p. 164.

portée générale ne paraissait lui attribuer la fonction d'un juge de la légalité. C'est en l'absence d'un fondement textuel que le contentieux de l'excès de pouvoir a émergé à cette période, qui a vu le Conseil d'État s'affirmer comme un censeur des actes entachés d'incompétence.

799. Sur le fondement de la loi des 7 et 14 octobre 1790, selon laquelle « *les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi* »¹⁴⁶⁵, le Conseil a ainsi pu annuler des actes d'administration empiétant sur la compétence des tribunaux judiciaires et adoptés en violation de la séparation des pouvoirs¹⁴⁶⁶. De même, pouvaient être annulés pour « *incompétence et excès de pouvoir* » les actes « *qui violent les règles de la compétence administrative en empiétant sur les attributions d'un autre administrateur ou d'un juge administratif* ». Edouard Laferrière présente ces hypothèses d'incompétence comme les « *deux cas d'excès de pouvoir* » les plus anciens. Il apparaît en effet que, dans les premières années du siècle, les notions d'incompétence et d'excès de pouvoir sont employées comme des synonymes¹⁴⁶⁷, la première constituant alors la seule espèce du genre constitué par la seconde.

800. Interprétation large de la notion d'incompétence. La jurisprudence a toutefois rapidement donné de la notion d'incompétence une interprétation « *extensive* »¹⁴⁶⁸ permettant notamment que lui soit assimilé le vice de forme¹⁴⁶⁹, largement entendu comme la violation des formalités et procédures prescrites¹⁴⁷⁰. Sous l'Empire, le développement de cette notion s'est poursuivi jusqu'à englober progressivement la violation de la loi et le détournement de pouvoir¹⁴⁷¹. Favorisée par la position d'autorité dont bénéficie alors le Conseil d'État, une telle extension s'explique sans difficulté théorique dès lors que « *toute illégalité peut être logiquement ramenée à une forme d'incompétence lato sensu* »¹⁴⁷². Un acte entaché d'une illégalité interne peut aisément être regardé comme une règle ou une décision adoptée par une autorité incompétence pour déroger à un principe supérieur ; de même, une exigence d'ordre

1465 A partir des années 1830, ce texte sera désigné par les arrêts du Conseil d'État comme la base légale du recours pour excès de pouvoir. Il est toutefois interprété de manière plus étroite dans les premières années du siècle.

1466 Edouard LAFERRIERE, *op. cit.* p. 218 ; v. les arrêts CE, 28 mars 1807, *Dupuy-Briacé* et CE, 22 janvier 1808, *Hours*, cités l'auteur à la p. 407.

1467 François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, p. 83.

1468 *Ibid.*

1469 CE, 14 juillet 1811, *Habitants de Montgard* ; CE, 2 juillet 1820, *Biberon*.

1470 Edouard LAFFERRIERE, *op. cit.*, p. 520.

1471 En ce sens, v. François BURDEAU, *op. cit.*, p. 83.

1472 Fabrice MELLERAY, *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, rubrique « Moyens d'annulation », § 14 (act. Janvier 2019).

formel ou procédural peut être considérée comme une condition déterminant la compétence normative d'une autorité, qui ne peut compétemment agir qu'en s'y conformant.

801. A la période contemporaine, c'est ce qu'exprimait Georges Vedel en matière de contentieux constitutionnel lorsqu'il affirmait que « *la déclaration de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel porte substantiellement non sur le fond mais sur la procédure* »¹⁴⁷³ : la censure d'une loi adoptée par le Parlement en méconnaissance des règles constitutionnelles implique que « *la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution* ». L'auteur concède que « *si l'on s'en tient au niveau de l'organe qui a pris une décision qu'il n'était pas habilité à prendre, l'incompétence se distingue du vice de procédure* ». Il précise toutefois que, « *si l'on considère un système normatif hiérarchiquement organisé, lorsque l'incompétence qui entache la décision de l'auteur d'une norme résulte de ce que, eu égard à son contenu, la décision n'aurait pu être valablement prise que par un organe d'un degré supérieur, l'incompétence renvoie au vice de procédure : la norme aurait pu être édictée mais selon une procédure différente* »¹⁴⁷⁴.

802. Sous la Restauration, le Conseil d'État se montre plus réservé dans l'examen de la légalité des actes de l'administration et renonce à l'examen du fond pour se concentrer sur le contrôle du respect des compétences des autorités administratives. Néanmoins, souligne François Burdeau, « *comme sous l'Empire (...) la violation des formes substantielles est assimilée à un défaut de compétence* »¹⁴⁷⁵. Il en va de même sous la Monarchie de Juillet : « *l'incompétence est, à elle seule, la cause qui entraîne l'annulation des actes administratifs* », mais cette notion « *ne se limite pas à caractériser l'inaptitude légale d'un agent administratif à prendre un acte qui relevait des attributions d'un autre ; comme auparavant, le non respect des formes imposées, pour peu qu'elles soient substantielles, lui est assimilé, dans la mesure où l'administration responsable d'un tel manquement passe pour avoir excédé les bornes de sa compétence* »¹⁴⁷⁶.

803. Distinction des cas d'ouverture en excès de pouvoir. Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence administrative a permis un renforcement du recours pour excès

1473 Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* 1998, n° 45, p. 151.

1474 *Id.*, pp. 150-151.

1475 François BURDEAU, *op. cit.*, p. 159.

1476 *Id.*, p. 171.

de pouvoir, au sein duquel a finalement été intégré l'ancien recours contentieux ouvert contre les actes portant atteinte aux droits privés des administrés. Selon Laferrière, « *le recours pour excès de pouvoir s'est ainsi progressivement transformé en une sorte de pourvoi en cassation, à l'appui duquel les parties ont pu invoquer des griefs tirés de la violation de la loi et de l'atteinte aux droits acquis* », ainsi que du détournement de pouvoir. Cette acception large de la notion d'excès de pouvoir a été implicitement ratifiée par les textes qui ont formellement consacré l'existence du recours pour excès de pouvoir¹⁴⁷⁷, parmi lesquels le décret du 2 novembre 1864 ou la loi du 24 mai 1872¹⁴⁷⁸. Après le développement des moyens d'annulation accompli sous le régime de la justice retenue, le passage à la justice déléguée organisé par ce dernier texte paraît avoir favorisé leur distinction. Le Conseil d'État ayant acquis une légitimité complète en tant que juge de l'administration, il pouvait apparaître superflu de rattacher à la notion d'incompétence toutes les illégalités objectives qu'il était devenu fondé à censurer pour elles-mêmes.

804. Distinction de l'incompétence et des autres illégalités externes. Dans son *Traité de la juridiction administrative*, Laferrière présente ainsi une classification des moyens d'annulation des actes administratifs dans laquelle il distingue l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et le détournement de pouvoir. Cette présentation confirme l'émergence d'une différenciation conceptuelle des illégalités externes. L'auteur définit ainsi l'incompétence comme « *l'inaptitude légale d'une autorité à prendre une décision, à faire un acte non compris dans ses attributions* »¹⁴⁷⁹. Pour sa part, le vice de forme *lato sensu* « *consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujéti par les lois et règlements* »¹⁴⁸⁰. Cette différenciation se traduit dans le régime contentieux de ces illégalités : il est ainsi souligné que la jurisprudence reconnaît l'incompétence comme un moyen d'ordre public¹⁴⁸¹, à l'inverse du vice de forme qui n'est susceptible d'entraîner l'annulation que si le moyen est soulevé par le requérant.

1477 En ce sens, v. Edouard LAFERRIERE, *id.*, pp. 405-406.

1478 Sur ce texte, v. le dossier « La justice déléguée a 150 ans », *AJDA* 2022, p. 1015 et s., et not. Elise FRAYSSE, « L'organisation du Conseil d'État par la loi du 24 mai 1872 », p. 1027 et Florent BLANCO, « Les fonctions du Conseil d'État », p. 1033.

1479 Edouard LAFERRIERE, *id.*, p. 496.

1480 *Id.*, p. 520.

1481 CE, 27 février 1880, *commune de Chébli* ainsi que CE 5 février 1886, *Romanatax*, cités par Edouard LAFERRIERE, pp. 496-497.

805. Plus précises, les classifications contemporaines ont conservé le principe d'une distinction entre l'incompétence et les autres illégalités externes, le vice de procédure et le vice de forme *stricto sensu*. La jurisprudence du XX^{ème} siècle a également maintenu la hiérarchie entre ces illégalités en confirmant avec constance le caractère d'ordre public du seul vice d'incompétence¹⁴⁸². Des « *considérations de politique jurisprudentielle* »¹⁴⁸³ ont toutefois pu exercer une influence sur le choix de qualifier certaines illégalités procédurales comme des vices d'incompétence. De manière notable, le vice tiré du défaut de consultation du Conseil d'État préalablement à l'adoption d'un décret en Conseil d'État a été regardé comme une incompétence afin que la sanction en soit facilitée¹⁴⁸⁴. Le Conseil d'État a finalement renoncé à cette fiction juridique¹⁴⁸⁵, en reconnaissant cette omission comme un vice de procédure¹⁴⁸⁶ auquel est spécialement conféré un caractère d'ordre public¹⁴⁸⁷.

806. En dehors de ces hypothèses, l'incompétence est toujours considérée comme un vice d'une gravité supérieure aux autres illégalités externes. Cette considération explique que la jurisprudence *CFDT Finances* ait réservé le cas du vice d'incompétence dans le contrôle incident des actes réglementaires, alors que les illégalités formelles et procédurales ont été déclarées inopérantes par principe. Selon le rapporteur public Aurélie Bretonneau, « *il existe une différence de nature entre l'incompétence, réputée mère de tous les vices parce qu'elle touche à la condition même de possibilité d'édiction 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* ». Une telle différence n'a toutefois pas préservé le vice d'incompétence des effets du mouvement global de relativisation des illégalités au nom de la stabilité des situations dont la décision *CFDT Finances* est une illustration. L'arrêt *Association des Américains Accidentels* de 2019 a ainsi jugé que le changement des règles relatives à la compétence de l'auteur d'un acte réglementaire ne saurait avoir pour effet de rendre un tel acte illégal lorsque l'autorité qui l'a adopté était compétente à la date de son édicton ; en revanche, « *un tel changement a (...) pour effet de faire cesser l'illégalité dont était entaché un règlement édicté par une autorité incompétente dans le cas où ce changement a conduit, à*

1482 CE, 15 février 1961, *Sieur Alfred-Joseph*, rec. p. 114 ; CE, ass., 13 juillet 1968, *Moreau*, rec. p. 441 ; CE, 14 janvier 1987, n° 59145, *Mme Gosset* ; CE, 17 novembre 2010, n° 320827, *Société Arthus Consulting*.

1483 Fabrice MELLERAY, *id.*, § 18.

1484 CE, sect. 1^{er} juin 1962, *Union générale des syndicats mandataires des halles centrales et autres*, rec. p. 362 ; CE ass., 3 juillet 1998, n° 177248 *Syndicat national de l'environnement CFDT*, rec. p. 272, *AJDA* 1998. 780, chron. Fabien RAYNAUD et Pascale FOMBEUR.

1485 Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000, p. 407.

1486 CE, 28 décembre 2009, n° 312314, *Syndicat de la magistrature*.

1487 CE, 17 juillet 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail* ; en ce sens, v. Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, « A l'école de l'avis », *AJDA* 2021, p. 270.

la date à laquelle le juge statue, à investir cette autorité de la compétence pour ce faire ». Ainsi, au nom de l'utilité de l'annulation, « *l'écoulement du temps n'est pris en considération que s'il joue en faveur du maintien [des] actes* »¹⁴⁸⁸.

807. Si cette évolution ne prive pas le vice d'incompétence de la supériorité dont il bénéficie, elle témoigne finalement d'un point commun qu'il partage avec les autres composantes de la légalité externe : une vulnérabilité à l'égard d'un mouvement favorable à la préservation de la stabilité des situations juridiques.

B - La distinction entre les formes substantielles et non substantielles

808. Cette approche réaliste de la légalité externe classiquement retenue par le juge (2) trouve ses fondements théoriques dans la valorisation finaliste des exigences de forme (1).

1 - La valorisation finaliste des exigences formalistes

809. Valorisation des formes en tant que garanties. Si le respect des formes et des procédures constitue pour certains auteurs une valeur primordiale, ce n'est jamais en raison de l'importance qui leur serait attachée pour elles-mêmes, mais plutôt en considération des finalités supérieures qu'elles servent. La célèbre apologie du formalisme écrite par Rudolf von Jhering en 1877 dans *L'esprit du droit romain* en témoigne. Selon cet auteur, les formes qui gouvernent les relations sociales et juridiques constituent un mécanisme de limitation du pouvoir, et leur disparition ou leur négligence est une caractéristique du progrès de l'absolutisme : « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. La forme est en effet le frein qui arrête les tentatives de ceux que la liberté entraîne vers la licence : elle dirige la liberté, elle la contient et la protège* »¹⁴⁸⁹. Cette conception est partagée par la doctrine publiciste classique et notamment par Maurice Hauriou qui affirme, de manière comparable, que « *les formalités des procédures constituent, avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif* »¹⁴⁹⁰. Le juge administratif y souscrit également de longue date. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bizet* de 1867, Aucoc souligne déjà que « *l'obligation de suivre certaine formes* » est imposée à l'administration « *à titre de garantie pour les*

1488 Bertrand SEILLER, « Encore du changement dans le contentieux de l'abrogation des actes réglementaires », *Gaz. Pal.* 2019, n° 34, p. 34.

1489 Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, A. Marescq, 1877, p. 156.

1490 Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 8^e édition, 1914, p. 457.

particuliers »¹⁴⁹¹. Laferrière écrit de même que les formalités régissant l'adoption des actes administratifs « *ne doivent jamais être considérées comme des procédures de pure forme, comme un appareil extérieur destiné à donner plus de solennité à l'acte ; dans la pensée de la loi, elles sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'administration elle-même, contre les décisions hâtives ou insuffisamment étudiées* »¹⁴⁹².

810. Ces justifications classiques du formalisme ont conservé leur pertinence jusqu'à la période contemporaine. René Chapus, qui constate que « *le régime complexe qui gouverne la procédure d'élaboration des décisions a sans doute pour effet d'en retarder, notablement parfois, l'édiction* », reconnaît qu'il « *trouve sa légitimité dans sa raison d'être, qui est de créer les meilleures chances de décisions régulières et opportunes* »¹⁴⁹³. Cette persistance peut expliquer l'apparition d'un phénomène général de consécration normative des exigences d'ordre formel et procédural en Europe à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle¹⁴⁹⁴.

811. Consécration d'obligations formalistes. Alors que plusieurs Etats ont assez rapidement fait le choix d'adopter un code général de procédure administrative, la jurisprudence administrative a longtemps été, en France, la principale source des obligations procédurales ou formelles imposées à l'administration¹⁴⁹⁵. Le juge administratif a notamment reconnu le principe des droits de la défense comme un principe général du droit dès 1944 et 1945 avec les arrêts du Conseil d'État *Dame Veuve Trompier-Gravier*¹⁴⁹⁶ et *Aramu*¹⁴⁹⁷. Il a également dégagé, par exception au principe général selon lequel les actes administratifs n'ont pas à être motivés¹⁴⁹⁸, une obligation de motivation toutefois limitée aux seules décisions adoptées par des organismes professionnels¹⁴⁹⁹.

812. C'est à partir de la fin des années 1970 que le législateur et le pouvoir réglementaire ont commencé à inscrire dans des textes un certain nombre d'exigences formelles et procédurales. Dans une perspective de développement de la citoyenneté et de la démocratie

1491 Léon AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in Hervé de GAUDEMAR, David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. I, p. 79.

1492 Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, 2^e ed., 1896, p. 520.

1493 René CHAPUS, *Droit administratif général*, p. 1105.

1494 En ce sens, v. Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, p. 212.

1495 Raymond ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », rapport présenté au colloque des Conseils d'État français et italien, 1966, accessible en ligne sur aca-europa.eu.

1496 CE, sect., 5 mai 1944, n° 69751, *Dame Veuve Trompier Gravier*.

1497 CE, ass., 26 octobre 1945, n° 77726, *Aramu*, rec. p. 213.

1498 CE, ass., 5 avril 1946, *Roussel*, rec. p. 105.

1499 CE, ass., 27 novembre 1970, n° 16757, *Agence maritime Marseille-fret*, rec. p. 704 ; sur ce point, v. René CHAPUS, *op. cit.*, p. 1138.

administratives, la consécration de ces obligations faites à l'administration s'est traduite par la reconnaissance de droits publics subjectifs au bénéfice des administrés¹⁵⁰⁰. Si le droit d'accès aux documents administratifs, reconnu en 1978, ne constitue pas une règle de formalisme à proprement parler, il est possible de considérer la loi du 11 janvier 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public comme le premier texte législatif consacrant une obligation générale de formalisme dans l'objectif d'une garantie des droits de l'administré¹⁵⁰¹. Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers a, quant à lui, instauré plusieurs obligations notables à la charge de l'administration, parmi lesquelles celle de mentionner les voies et délais de recours à peine d'inopposabilité, désormais codifiée au sein du CJA, ainsi que celle de délivrer un accusé de réception aux demandes adressées par les administrés¹⁵⁰². Il a également consacré le droit pour toute personne concernée par une décision soumise à l'obligation de motivation d'être entendue, assistée ou représentée¹⁵⁰³. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration a poursuivi ce mouvement en marquant de manière significative le passage à une véritable logique de construction d'une démocratie administrative. Ce texte a notamment repris le principe du droit à être entendu¹⁵⁰⁴, celui de l'obligation de délivrer un accusé de réception comportant la mention des voies et délais de recours¹⁵⁰⁵ ou encore celui de la motivation de certains actes¹⁵⁰⁶.

813. Code des relations entre le public et l'administration. C'est finalement en 2015 que le législateur a adopté un code contenant l'ensemble de ces règles de procédure administrative non contentieuse, intitulé code des relations entre le public et l'administration. Ce texte, constitué d'un nombre important de dispositions à caractère formaliste¹⁵⁰⁷, témoigne de l'intérêt qui leur est encore porté dans la période actuelle et de la place qu'elles occupent dans

1500 Gweltaz EVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, colloque AFDA 2010, p. 97 ; v. également Bénédicte DELAUNAY, « La protection non juridictionnelle des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés, op cit.* p. 211 ; Patrick FRAISSEIX, « La « subjectivisation du droit administratif », *LPA* 2004, n° 207, p. 12.

1501 De manière comparable, la Belgique n'a également consacré formellement un droit constitutionnel d'accès aux documents administratifs (art. 32 de la Constitution belge) et une obligation législative de motivation de certaines décisions administrative qu'au début des années 1990 (loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *Moniteur belge* du 12 septembre 1991 ; sur ce point, v. David RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e ed, p. 346 et s.).

1502 Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, art. 5.

1503 Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983, art. 8.

1504 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA), art. 24.

1505 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 19.

1506 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 25.

1507 Hélène PAULIAT, « Le formalisme des décisions administratives », *Jcp A* 2020, n° 23, 2162, p. 1.

la conception que les autorités publiques retiennent des relations entre l'administration et les administrés-citoyens. Il rappelle ainsi, notamment, l'obligation de faire figurer la signature de l'auteur sur la décision¹⁵⁰⁸, l'obligation de motivation de certaines décisions¹⁵⁰⁹, l'obligation de respecter une procédure contradictoire préalablement à l'adoption d'une décision devant être motivée ou d'une décision prise en considération de la personne¹⁵¹⁰, le droit à la communication du dossier administratif¹⁵¹¹, l'obligation de délivrer un accusé de réception à toute demande adressée à l'administration¹⁵¹² ou encore d'y porter un certain nombre de mentions¹⁵¹³ et notamment celle des voies et délais de recours, à peine d'inopposabilité du délai de forclusion¹⁵¹⁴.

814. Tolérance. Bien qu'il soit largement admis que les formalités constituent des garanties de bonne administration et des intérêts des administrés¹⁵¹⁵, le contrôle de leur respect a toujours été caractérisé par un certain degré de tolérance. Ainsi, alors même qu'il « *attache du prix à l'observation des procédures* », le juge administratif rejette de longue date « *l'excès de formalisme* »¹⁵¹⁶ auquel il préfère une approche réaliste. Le droit administratif français s'inscrit en ce sens dans une tendance plus générale des droits continentaux à faire prévaloir le contenu d'une décision sur sa forme¹⁵¹⁷.

2 - Une approche réaliste de la légalité externe

815. Distinction des formes substantielles et non substantielles. Des décisions censurant la non-observation des formes prescrites peuvent être identifiées tout au long du XIX^{ème} siècle, aussitôt que 1811¹⁵¹⁸. Dans le cadre procédural institué par la loi des 7 et 14 août 1790, leur violation est assimilée à la notion d'excès de pouvoir, à la condition toutefois que ces formes soient considérées comme substantielles¹⁵¹⁹. L'établissement d'une distinction entre des formalités qualifiées de substantielles et d'autres, accessoires, dont la violation ne devait pas entraîner l'annulation de l'acte procède de la volonté de privilégier la stabilité des situations

1508 Art. L. 212-1 CRPA.

1509 Art. L. 211-1 CRPA.

1510 Art. L. 121-2 CRPA.

1511 Art. L. 122-2 CRPA.

1512 Art. L. 112-3 CRPA.

1513 Art. R. 112-5 CRPA.

1514 Art. L. 112-6 CRPA.

1515 V. par ex. Caroline CHAMARD-HEIM, « Le rôle des formes et procédures dans l'adoption des budgets publics », *AJDA* 2010, p. 547.

1516 René CHAPUS, *Droit administratif général*, p. 1032.

1517 Sur ce point, v. Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 209 et s.

1518 V. François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, p. 83, évoquant la décision CE, 14 juillet 1811, *Habitants de Montgard*.

1519 François BURDEAU, *id.*, p. 171.

sur un « *formalisme pesant* »¹⁵²⁰ et d'une logique de « *rationalisation de l'application contentieuse des règles de procédure* »¹⁵²¹.

816. Elle reposait cependant sur un raisonnement relativement trouble que la doctrine a peiné à systématiser. Le principe même d'une telle distinction a pu être critiqué. Laferrière estime ainsi, « *en règle générale* », que « *toutes les formalités prescrites par la loi doivent être réputées substantielles, parce que le législateur n'est pas présumé en avoir édicté de superflues* ». Maurice Hauriou, présenté comme le tenant d'une conception « *légaliste* »¹⁵²² des formalités, affirme dans le même sens que « *toutes les formalités doivent être présumées substantielles* »¹⁵²³ dès lors qu'elles ont été instituées par la loi. S'accordant sur cette prémisse, les deux auteurs envisagent une distinction objective entre « *l'omission complète d'une formalité et son accomplissement incomplet ou irrégulier* »¹⁵²⁴. Dès lors que la formalité est réputée substantielle par sa seule institution, son omission doit entraîner l'annulation de l'acte, sans même qu'il y ait à rechercher si elle a été établie dans l'intérêt du public ou dans celui de l'administration. En revanche, ces auteurs concèdent qu'il pourrait y avoir lieu, dans l'hypothèse de l'accomplissement imparfait d'une formalité, de distinguer entre celles qui présentent un caractère substantiel ou non, notamment en appréciant l'influence de l'irrégularité sur la mesure adoptée¹⁵²⁵.

817. La jurisprudence du début du XX^{ème} siècle s'est éloignée de cette méthode objective en intégrant une perspective subjectiviste. Sans remettre en cause la distinction entre l'omission et l'accomplissement imparfait, le juge ne la fait alors intervenir qu'en deuxième lieu, après une première étape consistant à rechercher si la formalité a été introduite dans l'intérêt de l'administration ou dans celui du public. Tandis que Laferrière rejetait une telle approche, en affirmant que « *les formes imposées à un acte administratif ne le sont pas dans l'intérêt distinct de telle ou telle partie, mais dans l'intérêt de l'acte administratif lui-même, de sa correction, de sa maturité, en un mot dans un but de bonne administration* »¹⁵²⁶, Georges Berlia identifie plusieurs décisions jugeant la violation d'une formalité introduite dans l'intérêt

1520 Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009, p. 99.

1521 Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000, p. 414.

1522 Camile BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *Jcp A* 2012, n° 13, 2089.

1523 Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 8^e édition, 1914, p. 457.

1524 Edouard LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 520.

1525 Edouard LAFERRIERE, *op. cit.*, p. 526.

1526 *Id.*, p. 523.

de l'administration comme une « *illégalité accessoire n'entraînant pas l'annulation* »¹⁵²⁷. Cet auteur, critiquant cette tendance de la jurisprudence qui présentait déjà le « *danger* » de faire du recours pour excès de pouvoir un « *recours plus ou moins subjectif* », reconnaît toutefois qu'elle n'apparaît alors que dans un faible nombre d'espèces. Dans une majorité d'arrêts¹⁵²⁸, le juge considère en effet que la formalité en cause a été instituée dans l'intérêt de l'administré, et se livre à une analyse du caractère substantiel reposant sur la distinction classique entre l'omission et l'accomplissement imparfait. L'omission d'une formalité instituée dans l'intérêt du public constitue toujours une violation des formes substantielles tandis que, dans l'hypothèse de l'accomplissement imparfait d'une formalité prescrite dans l'intérêt du public, la violation d'une forme substantielle est reconnue lorsque cette irrégularité a pu exercer une influence sur le sens de la décision.

818. L'analyse de Berlia révèle par ailleurs que le caractère substantiel est plus fréquemment attaché à l'illégalité, envisagée concrètement dans les circonstances de l'espèce, plutôt qu'à la formalité méconnue, envisagée *in abstracto*. Ainsi, seule la distinction entre les formalités édictées dans l'intérêt de l'administration et celles édictées dans l'intérêt du public se fonde sur l'analyse de la formalité elle-même tandis que, dans l'hypothèse de la méconnaissance d'une formalité édictée dans l'intérêt du public, le juge mesure la gravité du vice pour identifier une violation des formes substantielles : celle-ci résulte soit de l'omission pure et simple de ce type de formalité, qui est toujours un vice substantiel, soit d'une illégalité ayant pu « *provoquer une décision de fond différente de celle qui serait intervenue dans l'hypothèse où la légalité formelle de l'acte aurait été parfaite* »¹⁵²⁹.

819. Prise en compte du caractère substantiel de l'irrégularité. Au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'état du droit s'est caractérisé par une certaine confusion. Le juge administratif, en censurant les « *irrégularités substantielles* »¹⁵³⁰, paraissait hésiter entre un mode de raisonnement fondé sur la prise en compte abstraite de la substantialité de la formalité méconnue elle-même ou sur l'analyse concrète de l'influence du vice constaté¹⁵³¹.

1527 Georges BERLIA, « Le vice de forme », *RDP* 1940, p. 377, cet auteur évoquant les arrêts CE, 24 octobre 1919, *Bonvoisin*, rec. p. 776 ; CE, 27 février 1919, *Faure*, rec. p. 169 ; CE, 24 mai 1927, *Level*, rec. p. 600.

1528 V. par ex. CE, 6 décembre 1918, *Général Comby*, rec. p. 1090 ; CE, 10 janvier 1919, *Ferré de Peroux*, rec. p. 12.

1529 Georges BERLIA, *id.*, p. 381.

1530 Par ex., CE, 7 juillet 1978, n° 96269, *Association de sauvegarde des intérêts de Saint-Martin-du-Touch et Saurat* ; CE, 31 juillet 1996, n° 153875, *M. Bellakehal*.

1531 Daniel LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *Mel. Jegouzo*, 2009, pp. 483-484.

820. Méthode abstraite-objective. Une majorité de décisions révèle sans doute une préférence du juge pour la méthode abstraite, dans laquelle la violation des formalités « *instituées par les dispositions destinées à garantir les droits ou intérêts des administrés ou à éclairer l'administration* », considérées comme substantielles, implique mécaniquement l'annulation de l'acte, au contraire de la méconnaissance des formalités qui ne sont « *de nature, ni à avoir une incidence sur la décision à prendre, ni à conférer des garanties à ceux que cette décision concernera* »¹⁵³², réputées accessoires¹⁵³³. Une approche empirique a permis d'identifier un certain nombre de formalités procédurales considérées *a priori* comme substantielles, parmi lesquelles les consultations ou avis à caractère obligatoire¹⁵³⁴, les procédures relatives aux droits de la défense¹⁵³⁵ ou certaines procédures d'information¹⁵³⁶. De même, plusieurs exigences d'ordre strictement formel telles que la motivation ou l'obligation de faire figurer certaines mentions sur l'acte ont été réputées substantielles¹⁵³⁷. Une telle

1532 René CHAPUS, *id.*, pp. 1032-1033.

1533 Par ex., CE, 28 juillet 1984, n° 39728, *Baillou*, rec. p. 306.

1534 CE, 22 février 1995, n° 122395, *Commune de Ville-la-Grand*, rec. t. 626 : « *Considérant qu'aux termes de l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme : "(...) Le silence du titulaire du droit de préemption pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration mentionnée au premier alinéa vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption (...)" ; qu'aux termes de l'article R. 213-6 du code de l'urbanisme : "Dès réception de la déclaration, le maire en transmet copie au directeur des services fiscaux en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis (...)" ; qu'aux termes du 1er alinéa de l'article R. 213-21 du code de l'urbanisme : "Le titulaire du droit de préemption doit recueillir l'avis du service des domaines sur le prix de l'immeuble dont il envisage de faire l'acquisition dès lors que le prix ou l'estimation figurant dans la déclaration d'intention d'aliéner ou que le prix que le titulaire envisage de proposer excède le montant fixé par l'arrêté du ministre des finances prévu à l'article 3 du décret du 5 juin 1940 modifié" ; qu'aux termes de l'alinéa 3 de l'article R. 213-21 du code de l'urbanisme précité : "L'avis du service des domaines doit être formulé dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la demande d'avis. Passé ce délai, il peut être procédé librement à l'acquisition" ; qu'il ressort de ces dispositions que la consultation dans les conditions prévues par les dispositions précitées du service des domaines constitue, lorsqu'elle est requise, une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision de préemption* ».

1535 CE, 7 octobre 1994, n° 116427, *Ministre de l'intérieur c/ M. Charles*, rec. p. 429 : « *Considérant que l'article R 268-5 du code de la route prévoit qu'il doit être donné lecture du rapport devant la commission avant qu'elle n'entende le conducteur intéressé ; que cette formalité a un caractère substantiel* » ; CE, 12 juin 2002, n° 225048, *M. Roma* : « *Considérant que si le ministre du travail et des affaires sociales était en droit de rejeter la demande de mise en disponibilité présentée par M. X..., il lui appartenait, conformément aux dispositions de l'article 11 du décret du 17 février 1995 dont l'application en l'espèce constituait une formalité substantielle, d'informer l'intéressé du contenu de l'avis de la commission mentionnée à l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, suffisamment tôt pour permettre au fonctionnaire de faire connaître ses observations à la suite de cet avis* ».

1536 CE, 24 mars 2004, n° 248910, *Commune du Marin* : « *Considérant d'autre part qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 3 du décret du 15 novembre 1984 instituant auprès des préfets de région une commission régionale du patrimoine historique, archéologique et ethnologique : Les maires des communes où sont situés des immeubles soumis à une procédure de classement ou d'inscription sont informés de l'ordre du jour des séances qui les concernent. Ils sont entendus par la commission s'ils en font la demande. ; Considérant que l'information du maire de la commune de situation du bien dont le projet de classement ou d'inscription est examiné par la commission régionale mentionnée ci-dessus, qui a notamment pour objet de permettre au maire de demander à être entendu par la commission afin de faire valoir le point de vue de l'exécutif communal, constitue une formalité substantielle dont l'omission est de nature à vicier la procédure de classement ou d'inscription* ».

1537 CE, 16 décembre 1994, n° 116465, *M. Beckert* : « *Considérant qu'aux termes de l'article L210-1, alinéa 2 : "Toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé" ; que l'obligation*

approche objective est également adoptée par le Conseil d'État de Belgique ou la Cour de justice de l'Union européenne, bien qu'elle soit dans les deux cas tempérée par la subjectivité des règles relatives à l'intérêt au moyen¹⁵³⁸.

821. Méthode concrète-subjective. Parallèlement à ces solutions, le juge administratif français a également employé dans d'assez nombreuses configurations une méthode d'analyse subjective fondée sur la seule prise en compte des conséquences du vice constaté, considéré comme substantiel lorsqu'il a exercé une influence sur le sens de la décision ou privé les intéressés d'une garantie. Tel a pu être le cas à propos de certaines procédures relatives au contradictoire ou aux droits de la défense¹⁵³⁹.

822. La jurisprudence relative aux consultations obligatoires admettait également, dans des hypothèses d'accomplissement irrégulier de la procédure, un certain nombre de dérogations à la méthode abstraite justifiées par la volonté d'en atténuer la rigueur. Le Conseil d'État a ainsi pu considérer comme inopérant le moyen tiré d'un tel vice de procédure lorsque l'auteur de l'acte n'a pas suivi l'avis émis par l'organisme¹⁵⁴⁰. De même, il a jugé que la composition irrégulière d'un organisme consulté à titre obligatoire n'avait pas « *eu égard à la composition de la commission, à son objet et aux conditions dans lesquelles elle a délibéré, vicié l'avis qu'elle a émis* »¹⁵⁴¹.

823. L'analyse subjective de la substantialité du vice prévalait également en matière de consultations facultatives. Après avoir considéré pendant un temps que leur omission comme leur irrégularité étaient sans incidence sur la légalité de l'acte¹⁵⁴², il a progressivement admis,

ainsi instituée a le caractère d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision de préemption ; que, ni la délibération du 12 février 1988, laquelle ne fait d'ailleurs pas expressément mention de l'exercice d'un droit de préemption, ni la lettre adressée le 10 mars 1988 à M Beckert ne précisent l'opération en vue de laquelle le droit de préemption a été exercé ; que M Beckert est dès lors fondé à demander l'annulation de la décision notifiée le 10 mars 1988 par laquelle la commune de Brignais a décidé d'exercer son droit de préemption sur le terrain dont il s'est porté acquéreur ; »

1538 Cf. infra, ce Chapitre, Section 2.

1539 Par ex., v. CE, 16 janvier 1970, n° 74346, *Audebert*, rec. p. 24 : le requérant est fondé à soutenir qu'une sanction à son égard a été prise selon une procédure irrégulière dès lors qu'il n'a pas eu connaissance de témoignages recueillis exclusivement auprès de personnes qui lui étaient défavorables, le juge relevant que ces témoignages « *ont concouru à l'établissement des faits, dont la matérialité et l'interprétation étaient (...) contestées par le [requérant]* » et « *ont été de nature à influencer sur la sanction* ».

1540 Pour un exemple, v. CE, 11 janvier 1980, n° 10680, *Laveau et autres*, rec. p. 6.

1541 CE, ass., 18 avril 1969, n° 72251, *Sieur Meunié*, rec. p. 208 ; v. également la décision CE, 7 avril 1999, n° 151937, *SA Castille*, rec. t. 599, dans laquelle le Conseil d'État juge qu'un avis favorable émis à une voix de majorité a « *dans les circonstances particulières de l'espèce* » été vicié par la participation au vote d'un représentant suppléant alors que le représentant titulaire était présent.

1542 CE, 30 mars 1927, n° 97616, *Sieur Poli*, rec. p. 411.

d'abord en matière disciplinaire¹⁵⁴³, que les irrégularités affectant de telles consultations pouvaient entraîner l'annulation des actes adoptés après qu'elles ont été menées¹⁵⁴⁴. Le Conseil d'État a toutefois clairement manifesté son choix d'employer une méthode d'analyse subjective dans une pareille hypothèse : « *les irrégularités éventuellement commises dans le déroulement de la procédure suivie à titre facultatif par l'administration sont de nature à vicier la validité de la sanction intervenue, dans la mesure où ces irrégularités ont exercé, en fait, une influence sur la décision* »¹⁵⁴⁵. Comme le relevait Gaëlle Dumortier, le contrôle du juge en matière de procédures de consultations était ainsi, « *en dépit de nuances d'une portée parfois incertaine et discutée* », limité « *au constat de l'irrégularité s'agissant des consultations obligatoires* », alors qu'il allait « *jusqu'à l'examen des circonstances de fait s'agissant des consultations facultatives* »¹⁵⁴⁶. Certaines décisions témoignent à cet égard très nettement de cette dualité d'approche, le juge effectuant un contrôle différencié lorsque la consultation d'un même organisme revêt un caractère facultatif ou obligatoire selon les hypothèses¹⁵⁴⁷.

824. Le rapprochement de ces diverses solutions pouvait indiquer que l'omission d'une formalité devait donner lieu à un contrôle abstrait tandis que l'irrégularité dans son accomplissement impliquait plutôt un contrôle concret de l'influence du vice. Une telle lecture

1543 CE, sect., 9 décembre 1932, n° 10475, *Sieur Laurent* : « *Considérant que les fonctionnaires ont droit, au cours des actions disciplinaires dont ils sont l'objet, aux garanties dont sont entourées les procédures suivies contre eux ; que si l'intervention d'un conseil d'enquête n'était pas prévue pour l'application au sieur Laurent de la peine de suspension de fonctions pendant un mois, celui-ci, ayant en fait été traduit devant un conseil d'enquête, peut se prévaloir des irrégularités qui auraient été commises devant ledit conseil et qui seraient de nature à faire annuler la mesure disciplinaire prise sur l'avis de ce conseil* ».

1544 CE, ass., 9 décembre 1966, n° 53293, *M. Berland et autres*, « *Les dispositions de la loi du 22 juillet 1948 prévoyant la fixation, par délibération des Conseils d'administration des centres techniques industriels des cotisations perçues par lesdits centres ont été abrogées. Lorsque le Gouvernement use de la faculté qu'il conserve de consulter le Conseil d'administration d'un centre technique industriel avant de fixer, par décret en Conseil d'Etat, les taux et modalités d'assiette et de recouvrement des cotisations perçues par ledit Centre, les irrégularités qui ont pu entacher cette consultation affectent la légalité dudit décret.* ».

1545 CE, 19 mars 1976, n° 98266, *Ministre de l'économie c/ Bonnebaigt*, rec. p. 167.

1546 Gaëlle DUMORTIER, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, p. 284, concl. sur CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthy*.

1547 CE, 8 juillet 2009, n° 314236, *Commune de Saint-Dié des Vosges*, rec. p. 255 : « *que la méconnaissance des règles de composition du comité technique paritaire n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, de nature à entacher d'irrégularité les dispositions du décret relatives à la suppression de cinquante-cinq tribunaux de commerce, pour lesquelles la consultation de ce comité ne présentait, ainsi qu'il a été dit plus haut, aucun caractère obligatoire, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers que la présence des représentants irrégulièrement nommés est restée sans influence sur le sens de la consultation ; qu'en revanche, les requérants sont fondés à soutenir que le comité technique paritaire était composé dans des conditions de nature à entacher d'irrégularité de procédure les dispositions du décret qui ont pour effet, en procédant à l'extension du ressort de certains tribunaux de commerce ou en créant de nouveaux tribunaux, d'entraîner la suppression de la compétence commerciale de vingt-trois tribunaux de grande instance ainsi que celles de l'article 3 qui créent un tribunal mixte de commerce à Saint-Pierre de la Réunion, pour lesquelles sa consultation était obligatoire ; que ces dispositions doivent donc être annulées* » (nous soulignons).

semble avoir été écartée par la jurisprudence, certaines décisions notables ayant explicitement rejeté cette distinction méthodologique. Il en va ainsi de la décision d'assemblée *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud* de 1975, qui juge contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement Gentot que l'omission d'un avis n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, constitué un vice de procédure substantiel. Cette solution « discutée »¹⁵⁴⁸ n'était pas pour autant isolée, et a fait l'objet de plusieurs applications, notamment dans la décision *Ministre de l'éducation nationale c/ SGEN-CFDT*¹⁵⁴⁹ de 1994, relative à l'omission de la consultation d'un comité technique paritaire devant précéder une décision d'affectation provisoire, ou la décision *Laboratoire Pasteur Cerba*¹⁵⁵⁰ de 2010, relative à la consultation de la Haute autorité de santé préalable à la création d'une prestation d'assurance maladie¹⁵⁵¹.

825. Complexité jurisprudentielle. Le manque de lisibilité de l'état du droit décrit a fait l'objet de critiques compréhensibles, tenant à la fois à la complexité résultant de la coexistence de différentes méthodes d'analyse et à l'imprévisibilité, dans certaines hypothèses, du recours à une méthode subjective alors que la formalité en cause était en principe réputée substantielle. Dans le courant des années 2000, il lui a également été reproché de reposer trop fréquemment sur une démarche abstraite perçue comme excessivement formaliste, en particulier en matière de procédures de consultations obligatoires¹⁵⁵². Une majorité d'auteurs estimait pourtant à la fin des années 1990 que le juge administratif retenait une approche modérée et raisonnable du formalisme imposé à l'administration, opérant un équilibre plutôt satisfaisant entre les exigences de l'action administrative et la garantie des intérêts du public¹⁵⁵³. Il convient toutefois de reconnaître, comme le soulignait le président Labetoulle, que la comparaison des évolutions de l'office du juge au cours de cette période jusqu'à la fin des années 2000 révélait un relatif manque de sophistication de son approche de la légalité externe. Cette période a en effet été marquée par des avancées particulièrement

1548 Gaëlle DUMORTIER, *id.* ; Daniel LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation. », *Mel. Yves Jégouzo*, p. 489.

1549 CE, 4 février 1994, n° 116323, *Ministre de l'éducation nationale c/ SGEN-CFDT*, rec. t. 751.

1550 CE, 7 avril 2010, n° 325833, *Laboratoire Pasteur Cerba*.

1551 V. pour une solution contraire, adoptée la même année, la décision CE, 23 décembre 2010, n° 334780, *Société Laboratoires Medipha Santé*, dont l'analyse est très explicite : « L'absence de consultation obligatoire préalable à l'édition d'un acte administratif constitue en principe un vice substantiel. Il peut toutefois en aller différemment eu égard notamment à l'objet de la consultation et à la nature de l'appréciation à porter. En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que le défaut de consultation de la commission d'autorisation de mise sur le marché prévue à l'article R. 5121-50 du code de la santé publique constituerait un vice non substantiel, compte tenu de l'appréciation à porter sur la nature de génériques des spécialités faisant l'objet de la demande d'autorisation. Annulation de la mesure prise sans cette consultation préalable. ».

1552 Gaëlle DUMORTIER, *id.*

1553 Jean-François LACHAUME, « Le formalisme », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 133.

notables dans le sens d'un contrôle et d'une sanction de l'illégalité plus proportionnés, tant dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans le contentieux contractuel, avec lesquelles la logique abstraite de la théorie des formalités substantielles contrastait quelque peu.

826. Loi de simplification. Dans un contexte de développement des procédures de consultation, le législateur a souhaité conférer davantage de stabilité aux actes administratifs en adoptant, avec l'article 70 de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011¹⁵⁵⁴, une disposition visant à imposer au juge de recourir à une analyse concrète de l'influence du vice dans les hypothèses d'irrégularités affectant de telles procédures, qu'elles revêtent un caractère obligatoire ou facultatif¹⁵⁵⁵. A l'encontre de la méthode jurisprudentielle classiquement appliquée en matière de consultations obligatoires, le recours à une analyse subjective est ainsi employé comme un mécanisme de stabilisation des situations juridiques, visant à réserver l'annulation d'un acte pour vice de procédure aux configurations dans lesquelles l'irrégularité d'une consultation a eu un effet mesurable en l'espèce.

827. Si la violation des formes constitue un moyen d'annulation classique dans le contentieux de la légalité, il apparaît qu'il a toujours été interprété de manière nuancée par le juge par référence à l'idée de substantialité, dans une perspective de bonne marche de l'activité administrative. L'évolution jurisprudentielle au cours du XX^{ème} siècle, de même que l'intervention du législateur en 2011, témoignent de l'intensification progressive du phénomène de relativisation des illégalités externes. La jurisprudence *Danthony* du Conseil d'État a confirmé et accentué cette tendance à la tolérance des illégalités procédurales.

§ 2 - La subjectivisation du contrôle des vices de procédure

828. La décision *Danthony* rendue le 23 décembre 2011 par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État est venue définir une nouvelle grille d'analyse des vices de procédure, empreinte d'un fort subjectivisme (A). Sa mise en œuvre, caractéristique du pragmatisme revendiqué par le juge administratif et de son rejet d'un formalisme trop strict, se révèle favorable à la stabilité des situations juridiques (B).

1554 Art. 70 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : « Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision ».

1555 Fabrice MELLERAY, Bernard NOYER, « L'apport au contentieux administratif de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *D.A.* 2011, n° 8, ét. 15.

A - La définition d'une grille d'analyse subjective par la jurisprudence Danthony

829. Affaire *Danthony*. Saisi par un illustre requérant d'habitude¹⁵⁵⁶ d'un recours portant sur le regroupement des Ecoles normales supérieures de Lyon et de Fontenay-Saint-Cloud, opéré par un décret du 10 décembre 2009, le Conseil d'État a trouvé, à la fin de l'année 2011, l'occasion de clarifier sa méthode de contrôle des illégalités externes et de fournir une interprétation de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011¹⁵⁵⁷. Il était en effet reproché au décret litigieux d'être entaché de plusieurs vices de procédure, qui paraissaient entrer dans le champ des dispositions de la loi de simplification. Le décret devait ainsi être adopté après la formulation indépendante, par chacun des conseils d'administration des établissements concernés, d'une demande de regroupement devant elle-même intervenir après que les avis des comités techniques paritaires aient été recueillis. Il apparaissait non seulement que ces comités n'avaient pas été consultés, mais que les conseils d'administration des deux établissements avaient formulé leurs demandes de regroupement au terme d'une réunion commune. La méconnaissance de ces formalités, et en particulier de la consultation obligatoire des comités techniques paritaires, aurait pu être de nature, dans l'état du droit jurisprudentiel antérieur, à justifier l'annulation du décret pour violation d'une formalité réputée substantielle. Le ministre défendeur faisait dès lors valoir que ces irrégularités pouvaient être neutralisées en application des dispositions précitées de la loi de 2011.

830. Principe général. L'application de ce texte à l'espèce soulevait cependant une difficulté du point de vue du droit transitoire, dès lors que, s'il pouvait être considéré comme une loi de procédure dont l'application immédiate aux instances en cours était admissible, une telle option paraissait affecter la substance du droit au recours en limitant les moyens invocables par le requérant. Pour surmonter cet obstacle, l'assemblée du contentieux a considéré que l'article 70 de la loi de 2011 énonçait, s'agissant des irrégularités entachant spécifiquement les procédures de consultation, une règle inspirée d'un principe général préexistant et donc immédiatement applicable, selon lequel « *si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que*

1556 V. Caroline LANTERO « Claude Danthony, portrait d'un requérant d'habitude », *AJDA* 2022, p. 782 ; Caroline CHAMARD-HEIM, Cédric MEURANT, Christophe TESTARD, Elise UNTERMAIKER-KERLEO, « Claude Danthony, un justiciable initié », *AJDA* 2021, p. 2001.

1557 CE, 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthony*, *AJDA* 2012, p. 195, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, *RFDA* 2012, p. 284, concl. Gaëlle DUMORTIER, p. 296 note Paul CASSIA.

s'il ressort des pièces du dossier qu'il 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 ». Il est précisé que « *l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte* ». En application de ce principe, le Conseil d'État a jugé, contrairement aux conclusions du rapporteur public Gaëlle Dumortier, que le défaut de consultation du comité technique paritaire avait, en l'espèce, privé les représentants du personnel d'une garantie et que la réunion des deux conseils d'administration avait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de leur délibération et, donc, sur celui du décret approuvant la demande de regroupement.

831. Portée. Le principe reconnu par l'assemblée du contentieux recouvre un champ plus large que la règle législative, limitée aux procédures de consultation. Il est également plus accueillant, car il envisage notamment que le vice de procédure peut causer l'illégalité de l'acte lorsqu'il a privé d'une garantie les personnes intéressées, tandis que la loi n'évoque que l'hypothèse dans laquelle le vice a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de l'acte attaqué. Cette branche du principe général trouve, comme celle qui est exprimée par la règle législative, son origine dans la jurisprudence administrative antérieure, aussi peut-il être considéré que la décision *Danthony* n'a pas opéré un bouleversement jurisprudentiel¹⁵⁵⁸ mais plutôt une clarification¹⁵⁵⁹.

832. Cette clarification concerne certainement les concepts employés par le juge : *l'irrégularité* ou le *vice* de procédure sont distingués de *l'illégalité* elle-même, qui seule peut justifier l'annulation. La technique décrite par le considérant de principe, qui implique la neutralisation d'un vice, relève donc clairement de la négation de l'illégalité de l'acte. L'apport principal de la décision réside cependant dans la « *grille d'analyse* »¹⁵⁶⁰ des irrégularités procédurales qu'elle délivre. Alors que la jurisprudence antérieure manquait d'une méthode clairement identifiée, l'assemblée du contentieux a explicitement et définitivement consacré le principe d'une analyse *in concreto* du vice de procédure. Ce faisant, elle fait prévaloir la théorie du vice subjectivement substantiel sur celle de la formalité

1558 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, p. 195.

1559 Christophe ROUX, « Danthony, cinq ans après », *DA* 2016, n° 12, alerte 138.

1560 Fabrice MELLERAY, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *DA* 2012, n° 3, comm. 22.

objectivement substantielle¹⁵⁶¹. Ce choix implique le recours systématique à une appréciation d'espèce des effets du vice constaté. Tant dans l'hypothèse de l'influence sur le sens de l'acte que de la privation d'une garantie, « *la sanction du vice de procédure est une sanction de ses conséquences* »¹⁵⁶². La conception classique du juge administratif selon laquelle « *les contraintes de forme et de procédure ne valent pas pour elles-mêmes mais par les garanties qu'elles confèrent aux intéressés* »¹⁵⁶³ est ainsi complètement transposée dans les modalités mêmes du contrôle de la légalité externe. Celui-ci est « *appréhendé à la mesure du requérant* », lequel « *ne pourra se prévaloir des vices qui ne modifient pas sa situation en ce sens qu'ils n'ont pas affecté la substance de la décision qu'il conteste ni les droits qu'il tire de la procédure administrative non contentieuse* »¹⁵⁶⁴.

833. Proportionnalité. Prolongeant l'orientation subjective retenue par le législateur à travers la loi de 2011¹⁵⁶⁵, la décision *Danthony* s'inscrit, notamment aux côtés des décisions *El Bahi* et *Hallal*, dans le mouvement plus large de redéfinition de l'office du juge de l'annulation visant à lui conférer un pouvoir d'appréciation plus important afin qu'il puisse réserver cette sanction aux hypothèses dans lesquelles elle apparaît proportionnée au vice constaté. Les conclusions de Gaëlle Dumortier soulignent nettement cette proximité, par des formules qui évoquent celles des commissaires du gouvernement Stahl et De Silva dans les affaires précitées : « *il appartient au juge d'exercer pleinement son office, c'est-à-dire de mesurer la portée exacte du moyen de légalité invoqué, en recherchant si, dans les circonstances de l'espèce, la formalité, même substantielle, a été affectée d'une façon telle qu'elle n'a pu atteindre correctement son objet* ».

834. Champ d'application. La jurisprudence a rapidement confirmé que cette grille de lecture subjective, susceptible de s'appliquer à toute procédure préalable, avait vocation à occuper un champ très large. Après avoir été employée en matière de procédure consultative¹⁵⁶⁶, elle l'a été au sujet de procédures disciplinaires¹⁵⁶⁷ et de procédures

1561 Stéphanie DOUTEAUD, « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA* 2018, p. 109.

1562 Camille BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *Jcp A* 2012, n° 13, 2089.

1563 Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963.

1564 Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

1565 Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, rapport public annuel pour 2011, *EDCE*, p. 221.

1566 Par ex., après l'arrêt *Danthony* lui-même, CE 15 mai 2012 n° 398345, *Fédération Interco CFDT*.

1567 CE, 22 février 2012, n° 343052, *M. Sarrazin* ; CE, 23 juillet 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs*.

d'information¹⁵⁶⁸, dans des domaines aussi variés que le changement de nom¹⁵⁶⁹, la modification de tracés de circulation aérienne¹⁵⁷⁰ ou la procédure d'aliénation d'un chemin rural¹⁵⁷¹, pour n'en citer que quelques-uns¹⁵⁷². Le considérant de principe, qui n'est pas systématiquement reproduit dans les motifs de la décision, a été abrégé dès 2012¹⁵⁷³. Outre cette altération relativement mineure, la jurisprudence *Danthony* a connu au moins deux adaptations justifiées par la spécificité de certaines matières, qui n'en modifient aucunement l'économie générale ni la portée.

835. Etudes d'impact. La première concerne particulièrement les procédures d'études d'impact et trouve son origine dans la jurisprudence *Ocréal*, antérieure de quelques mois à la décision *Danthony*. Dans cet arrêt du 14 octobre 2011, le Conseil d'État avait indiqué que « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* »¹⁵⁷⁴. Cette grille d'analyse spécifique, qui évoque la notion d'information complète de la population à la place de celle, plus générale, de garantie, s'est maintenue après l'intervention de la décision *Danthony*¹⁵⁷⁵, dont elle semble finalement constituer une déclinaison propre à un type de procédure fréquemment employée en droit de l'environnement¹⁵⁷⁶.

836. Procédure fiscale. La seconde, qui concerne le contentieux fiscal, modifie légèrement l'équilibre de la jurisprudence *Danthony* en intégrant la notion d'influence sur la décision au

1568 CE avis, 30 décembre 2013, n° 367615, *Mme Okosun*.

1569 CE 29 avril 2013 n° 359472, *M. Bats et autres*.

1570 CE, 10 juin 2013, n° 355791, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres*.

1571 CE, 20 novembre 2013, n° 361986, *Commune de Royère-de-Vassivière*, *AJDA* 2014, p. 1269, note Delphine COSTA.

1572 En 2022, une recherche des termes employés par le considérant de principe sur la base de donnée Ariane a fourni environ 90 résultats pour la seule jurisprudence du Conseil d'État, auxquels il conviendrait d'ajouter les applications de la jurisprudence *Danthony* dans lesquelles le Conseil d'État n'a pas reproduit le considérant de principe.

1573 CE 27 avril 2012, n° 348637, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU* : « *si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou s'il a privé les intéressés d'une garantie* ».

1574 CE, 14 octobre 2011, n° 323257, *Société Ocréal*.

1575 Par ex., CE, 25 juin 2012, n° 346395, *Collectif anti-nucléaire* ; CE, 26 juillet 2018, n° 416831, *Association Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambrésis*.

1576 Marylène FOUGERES, « L'influence de la jurisprudence *Danthony* en droit de l'environnement », *Energie – Environnement – Infrastructures* mai 2016, étude 9.

sein de celle de privation d'une garantie : la décision de section *Epoux Meyer* du 16 avril 2012 précise ainsi qu'une irrégularité affectant des demandes de justifications adressées par le fisc à un contribuable « demeure sans conséquence sur le bien-fondé de l'imposition s'il est établi que, n'ayant privé le contribuable d'aucune garantie, elle n'a pas pu avoir d'influence sur la décision de redressement »¹⁵⁷⁷. Cette « mutation »¹⁵⁷⁸, qui réduit la quantité des vices de procédure opérants en matière fiscale par rapport au contentieux administratif général, paraît découler de la volonté du Conseil d'État de maintenir les équilibres définis par la jurisprudence antérieure relative à l'erreur substantielle en matière fiscale¹⁵⁷⁹.

837. Limites. Malgré la « quasi-universalité »¹⁵⁸⁰ de la jurisprudence *Danthony*, son champ d'application connaît certaines limites.

838. Caractère procédural du vice. Une première limite tient à ce qu'elle ne concerne, au sein des vices relevant de la légalité externe, que les irrégularités de procédure. Son application est ainsi naturellement et heureusement exclue au sujet du vice d'incompétence. La jurisprudence a confirmé qu'elle l'est également à l'égard du vice de forme. Il est vrai que la décision de 2012 *Association promouvoir* a pu analyser au prisme de la jurisprudence *Danthony* le degré d'influence de l'absence de motivation de l'avis de la commission de classification des films sur le sens de la décision du ministre d'octroyer un visa d'exploitation. De même, des irrégularités relatives aux signatures figurant sur le procès verbal de la réunion d'une commission précédant l'adoption d'une décision refusant une autorisation individuelle ont été jugées sans influence sur le sens de cette dernière¹⁵⁸¹. Toutefois, dans ces hypothèses, l'examen du juge ne portait pas sur des vices de forme affectant l'acte attaqué lui-même, mais bien sur le déroulement de procédures préalables à son adoption.

839. La jurisprudence a par ailleurs confirmé que la jurisprudence *Danthony* ne pouvait être employée à propos du défaut de motivation de l'acte lui-même, qui constitue encore un vice de forme pouvant être qualifié de substantiel dès lors que son constat suffit à justifier l'annulation. La cour administrative de Marseille a ainsi refusé de faire application de la

1577 CE sect., 16 avril 2012, n° 320912, *Epoux Meyer*, Dr. Fisc. 2012, n° 27, 366, concl. Delphine HEDARY et comm. Olivier FOUQUET.

1578 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU : « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1579 Olivier FOUQUET, *id.*

1580 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1581 CE, 22 octobre 2012, n° 345153, *Ministre du travail c/ Mme Widowitsch*.

jurisprudence *Danthony* à ce vice en 2014, en considérant que la motivation de l'acte ne relevait pas de la procédure préalable à son adoption¹⁵⁸². Le Conseil d'État a pour sa part jugé, par un arrêt *CARSAT d'Aquitaine* de 2016, que la cour administrative d'appel de Bordeaux n'avait pas commis d'erreur de droit « *en ne recherchant pas si le vice de forme tenant à l'insuffisance de motivation de la décision attaquée avait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de cette décision ou avait privé la société intéressée d'une garantie* », ces circonstances étant « *sans incidence sur les conséquences qui s'attachent à une illégalité tenant en une insuffisance de motivation* »¹⁵⁸³.

840. Caractère préalable de la procédure. Une autre limite à l'application de la jurisprudence *Danthony* résulte de sa propre économie : ainsi qu'il a été indiqué, elle n'est susceptible de concerner que les procédures *préalables* à l'adoption d'un acte administratif. Au moins deux décisions du Conseil d'État ont dès lors refusé que cette grille d'analyse soit employée au sujet d'irrégularités affectant les procédures de vote de délibérations de conseils municipaux, en considérant qu'elles n'étaient pas « *relatives à une procédure administrative préalable à la délibération* ». Le Conseil d'État a ainsi jugé que le fait de tenir un vote à bulletin secret en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2121-21 du code général des collectivités territoriales¹⁵⁸⁴, de même que le fait de voter des majorations d'indemnités en méconnaissance de la procédure en deux temps prévue par l'article L. 2123-22 du même code¹⁵⁸⁵, affectait « *les modalités de vote de la délibération elles-mêmes* ». Dans les deux espèces, le Conseil d'État a qualifié ces vices de procédures d'« *irrégularité substantielle* » entraînant par elle-même l'illégalité de la délibération, il semble donc que la mise à l'écart de la jurisprudence *Danthony* ait appelé l'application de la théorie classique de l'irrégularité substantielle.

841. Règles supérieures au principe général. En outre, l'application de la jurisprudence *Danthony*, fondée sur un principe général du droit, doit très logiquement s'écarter dans l'hypothèse où une règle de valeur supérieure l'exige. Il est vrai que la tendance contemporaine du droit interne va plutôt dans le sens d'une neutralisation des vices de procédure, dans une perspective de renforcement de la sécurité juridique matérielle des décisions, que dans celui d'un accroissement de la sévérité de leur contrôle¹⁵⁸⁶.

1582 CAA Marseille, 9 juillet 2014, n° 12MA04870, *M. et Mme Amiel*.

1583 CE, 7 décembre 2016, n° 386304, *Caisse d'assurance retraite et de santé au travail (CARSAT) d'Aquitaine*.

1584 CE, 5 juillet 2018, n° 412721, *Commune de Mantes-la-Jolie*.

1585 CE, 24 juillet 2019, n° 411004, *Commune de la Chapelle-Saint-Luc*.

1586 Marie ROTA, « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP* 2015, n° 3, p. 641.

842. Droit de l'Union. Le droit supranational peut en revanche se trouver à l'origine d'un degré d'exigence plus élevé en matière procédurale, ce qu'illustre notamment le droit européen de l'environnement. Par un arrêt du 15 octobre 2014, la CJUE a ainsi constaté un manquement de la République fédérale d'Allemagne aux obligations découlant de l'article 11 de la directive 2011/92 du Parlement et du Conseil concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, résultant de certaines dispositions de sa loi sur la procédure administrative¹⁵⁸⁷. L'article 46 de ce texte prévoit en effet que « l'annulation d'un acte administratif (...) ne peut être exigée au seul motif qu'il a été élaboré en violation des règles de procédure, de forme ou de compétence *ratione loci*, lorsqu'il est manifeste que la violation n'a pas eu d'incidence sur la décision au fond ». La Cour, après avoir relevé que « la directive 2011/92 a notamment pour objet de fixer des garanties procédurales permettant, en particulier, une meilleure information et une participation du public dans le cadre de l'évaluation des incidences sur l'environnement des projets publics et privés »¹⁵⁸⁸, estime que la condition de causalité qui préside à l'invocabilité du vice de procédure en droit allemand « rend excessivement difficile l'exercice du droit de recours visé à l'article 11 de la directive 2011/92 et porte atteinte à l'objectif de cette directive visant à offrir aux «membres du public concerné» un large accès à la justice »¹⁵⁸⁹. Elle conclut que l'article 46 de la loi allemande sur la procédure administrative, « en ce que cette disposition fait peser sur le requérant «membre du public concerné» la charge de la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le vice de procédure qu'il allègue et le résultat de la décision administrative, constitue une violation de l'article 11 de la directive 2011/92 »¹⁵⁹⁰.

843. Si cette solution pouvait être de nature à soulever des interrogations sur la compatibilité du droit français aux exigences européennes¹⁵⁹¹, il semble que la jurisprudence *Danthy* échappe aux reproches dirigés vers le droit allemand. La condamnation de l'Allemagne reposait en effet, en l'espèce, sur une problématique de charge de la preuve résultant de la difficulté pour le requérant d'établir matériellement l'existence d'un lien de causalité entre le vice de procédure allégué et le sens de la décision contestée. La jurisprudence *Danthy*, pour une part, présente un degré d'exigence moins important qui

1587 CJUE, 15 octobre 2014, aff. C-137/14, *Commission c/ Allemagne*, Europe 2014, n° 12, comm. 520 Sébastien ROSET ; *Jcp A* 2014, n° 15, chron. 2101 Émilie CHEVALIER.

1588 *Id.*, § 55.

1589 *Id.*, § 56.

1590 *Id.*, § 62.

1591 Julien BETAÏLE, « Le paradoxe du droit d'accès à la justice en matière d'environnement », in *Le droit d'accès à la justice environnementale*, LGDJ, 2016, p. 17.

permet que le vice de procédure invoqué soit accueilli plus aisément qu'en droit allemand : aux termes de cette décision, il suffit que le vice allégué ait été « *susceptible* » d'exercer une influence sur le sens de l'acte. Pour une autre part, cette jurisprudence ne conditionne pas l'opérance du vice de procédure à la seule hypothèse qui vient d'être évoquée, mais l'admet également lorsqu'il a eu pour effet de priver d'une garantie les personnes intéressées. Il semble ainsi que, malgré son potentiel élevé de limitation de l'efficacité des moyens de légalité externe, elle ne présente pas un risque significatif de faire obstacle à l'effet utile de l'article 11 de la directive 2011/92.

844. Contrôle de légalité incident. Enfin, la nature très concrète de l'examen des vices de procédure dans le cadre de la jurisprudence *Danthony* a pu se présenter comme un obstacle à son application à l'occasion du contrôle par voie d'exception des actes réglementaires. Par sa décision d'assemblée *CFDT Finances* de 2018, le Conseil d'État a en effet privilégié une solution plus radicale, consistant à réserver l'invocabilité des vices de procédure au seul contrôle par voie d'action. Si, dans ses conclusions, le rapporteur public Aurélie Bretonneau avait estimé que la jurisprudence *Danthony* n'était « *pas évidente à faire jouer sur les irrégularités anciennes* »¹⁵⁹², certains auteurs ont toutefois regretté que le Conseil d'État ait refusé de la transposer au contrôle par voie d'exception¹⁵⁹³. Il n'est cependant pas certain qu'une telle transposition pouvait être envisagée sans remettre en cause l'esprit de la jurisprudence *Danthony*. Un tel danger pouvait sans doute être redouté à propos de l'appréciation de l'influence potentielle d'un vice de procédure : l'incertitude du juge et des parties quant aux circonstances dans lesquelles la procédure préalable à l'adoption de l'acte contesté aurait notamment pu impliquer la résurrection de la théorie des formalités substantielles abandonnée par la jurisprudence *Danthony*, ce qui aurait par ailleurs augmenté la vulnérabilité des actes dans le temps.

845. Demande en appréciation de régularité. Ces considérations expliquent qu'il soit envisagé de déplacer le contrôle des vices de procédure de certains actes en amont du recours au fond. A cette fin, la loi ESSOC a institué un dispositif expérimental de demande en appréciation de régularité, permettant aux auteurs ou bénéficiaires de certaines décisions non-réglementaires de saisir le juge administratif afin qu'il apprécie leur légalité externe. Dans

1592 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649.

1593 V. notamment Denys de BECHILLON, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018, p. 662.

l'hypothèse où le juge devrait déclarer que l'acte n'est entaché d'aucune illégalité externe, aucun moyen tiré de cette cause juridique ne pourrait être ultérieurement invoqué par voie d'action ou d'exception à son encontre. Si le Conseil constitutionnel a constaté que les dispositions organisant ce mécanisme étaient « *susceptibles de priver les requérants de la faculté d'invoquer certains moyens pour contester une décision administrative non réglementaire définitive s'insérant dans une opération complexe* », il n'a pas considéré qu'elles portaient une atteinte inconstitutionnelle au droit à un recours effectif, notamment eu égard à leur objectif d'intérêt général de limitation de « *l'incertitude juridique pesant sur certains projets de grande ampleur* », ainsi qu'à la préservation de la possibilité pour toute personne ayant un intérêt à agir d'intervenir au cours de la procédure¹⁵⁹⁴. Malgré la confirmation de sa constitutionnalité, ce dispositif semble ne rencontrer qu'un succès mesuré¹⁵⁹⁵ et certains auteurs estiment que l'institution d'une procédure de référé dédiée à l'examen de la légalité externe constituerait une solution à la fois plus performante et plus satisfaisante du point de vue du droit au recours¹⁵⁹⁶.

846. Possibilité d'un contrôle de la légalité externe de l'acte réglementaire devenu définitif. En tout état de cause, le raisonnement selon lequel des motifs d'ordre technique justifient que l'examen de la légalité externe de l'acte soit effectué avant qu'il devienne définitif semble devoir être nuancé. En effet, si la mémoire d'une procédure s'efface sans doute avec l'écoulement du temps, les parties et le juge ne sont pas frappés d'amnésie à l'expiration du délai de recours contentieux. En s'opposant à l'invocabilité des vices de procédure lors du contrôle d'un acte réglementaire par voie d'action, la décision *CFDT Finances* applique une logique théorique de hiérarchisation des illégalités internes et externes, qui se distingue de la logique réaliste dont relève la décision *Danthy*, mais avec laquelle elle n'est pas inconciliable. En s'inspirant de la jurisprudence *Czabaj* et de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, il pourrait ainsi être admis que, dans un délai raisonnable à compter de l'adoption d'un acte réglementaire, les vices de procédure pourraient encore être utilement invoqués lors de leur contrôle par voie d'exception. Ce délai raisonnable pourrait être fixé par le juge, selon une méthode déjà expérimentée, de manière relativement précise, sans pour

1594 CC, 28 juin 2019, n° 2019-794 QPC, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre* [Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire], *AJDA* 2019, p. 1376 ; *Constitutions* 2019, p. 377, note Olivier LE BOT.

1595 Olga MAMOUDY, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », *AJDA* 2018, p. 1821 ; Caroline LANTERO, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives – Bilan critique d'une réforme exemplaire », *RFDA* 2021, p. 639.

1596 Benjamin POUCHOUX, Thomas PERROUD, « L'idée d'un référé général de la procédure administrative préalable », *RFDA* 2021, p. 682.

autant exclure la possibilité d'ajustements justifiés par la nature et la portée de certains actes. Il est permis de croire qu'une telle solution permettrait à la fois de satisfaire l'objectif de stabilisation dans le temps des actes réglementaires poursuivi par la jurisprudence *CFDT Finances*, et de respecter l'équilibre entre légalité et sécurité juridique institué par la décision *Danthy*.

847. L'application de la grille d'analyse subjective de la jurisprudence *Danthy* s'est révélée favorable à la stabilité des situations juridiques.

B - Un pragmatisme favorable à la stabilité des situations juridiques

848. En élargissant les hypothèses d'opérance du vice de procédure par rapport à ce qu'avait prévu l'article 70 de la loi de 2011, la décision *Danthy* a pu être perçue comme la marque d'un « renforcement »¹⁵⁹⁷ de la légalité externe, en contradiction avec l'objectif du législateur. Certains auteurs ont également estimé que le Conseil d'État avait fait preuve de « rigueur »¹⁵⁹⁸ en retenant, contrairement aux conclusions du rapporteur public, deux vices de procédure afin de prononcer l'annulation, dont il a cependant modulé les effets. En faisant le choix de protéger la stabilité des situations juridiques par l'encadrement des effets de l'annulation plutôt que par son évitement, le Conseil d'État aurait ainsi indiqué symboliquement sa volonté de ne pas sacrifier le moyen du vice de procédure sur l'autel de la sécurité juridique.

849. Une telle lecture de la décision pourrait être confortée par la circonstance que le principe de sécurité juridique n'est pas évoqué par ses motifs ni, au demeurant, présentée par les conclusions du rapporteur public comme une justification de la règle dégagée¹⁵⁹⁹, alors même que le Conseil d'État l'avait reconnu comme un principe général du droit quelques années auparavant¹⁶⁰⁰. Il ne peut cependant être nié que la décision *Danthy* a vocation à favoriser la stabilité des situations juridiques sur le respect des formalités préalables à l'édition d'un acte administratif¹⁶⁰¹. Elle consacre en effet le principe d'une analyse subjective du vice de procédure, qui implique une rupture claire avec la jurisprudence

1597 Paul CASSIA, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, p. 296.

1598 Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e ed., p. 909.

1599 La sécurité juridique n'y est évoquée qu'au titre des objectifs poursuivis par le législateur à travers l'article 70 de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011.

1600 CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, rec. p. 154, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Yann AGUILA, note Frank MODERNE ; *AJDA* 2006, p. 1028, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA.

1601 En ce sens, v. notamment Christophe ROUX, « Danthy, cinq ans après », *DA* 2016, n° 12, alerte 138 ; Bertrand SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, n° 3, p. 765.

antérieure dans laquelle le juge pouvait déduire, en application de la théorie objective des formalités substantielles, que certaines irrégularités devaient systématiquement être sanctionnées par l'annulation. Au nom du pragmatisme et du souci d'utilité de l'annulation, la décision *Danthony* adopte ainsi une perspective plus favorable au maintien des actes administratifs que ne l'était l'état du droit précédent.

850. A l'occasion d'un premier bilan de l'application de la jurisprudence *Danthony*, les membres du centre de recherche et de diffusion juridique du Conseil d'État ont pu affirmer qu'elle n'avait pas impliqué une « *réduction drastique des annulations pour vice de procédure* »¹⁶⁰². Si ce constat ne peut être démenti, il n'en demeure pas moins que, d'une manière générale, elle « *conduit bien plus souvent le juge administratif à neutraliser les illégalités procédurales qu'à les censurer* »¹⁶⁰³. Tant dans l'hypothèse du vice ayant pour effet priver d'une garantie les personnes intéressées (1) que dans celle du vice ayant été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision (2), l'appréciation subjective des effets de l'irrégularité renforce la stabilité des actes administratifs.

1 - Le pragmatisme du juge dans l'analyse du vice ayant pour effet de priver d'une garantie les personnes intéressées

851. Dans la continuité de la jurisprudence antérieure, la décision *Danthony* indique qu'un vice de procédure est de nature à entacher d'illégalité la décision lorsqu'il ressort des pièces du dossier qu'il a « *privé les intéressés d'une garantie* ». Sans doute par déférence pour le législateur, ce critère d'opérance du vice de procédure n'est énoncé par le Conseil d'État qu'en second lieu, après celui de l'influence du vice sur le sens de la décision. La logique paraît toutefois commander qu'il soit examiné par le juge en premier lieu, d'autant que « *la privation d'une garantie peut être regardée comme étant par définition susceptible d'avoir influé sur le sens de la décision rendue* »¹⁶⁰⁴. Ce contrôle implique que le juge détermine tout d'abord si la formalité méconnue constitue une garantie procédurale, avant de vérifier, si tel est le cas, si les personnes intéressées ont été privées de son bénéfice.

852. Garanties procédurales. La première étape de ce raisonnement repose ainsi sur une logique objective : la qualification de garantie procédurale résulte d'une analyse « *abstraite*,

1602 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU : « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1603 Olga MAMOUDY, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

1604 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, p. 195.

purement juridique »¹⁶⁰⁵. La notion très générale de garantie n'étant toutefois pas définie par la décision *Danthy* ni par la jurisprudence, le juge bénéficie d'une importante marge d'appréciation : « *toutes les règles de procédures étant susceptibles d'être considérées comme des garanties, le juge est ainsi appelé à opérer une sélection, du même ordre que celle qui le conduisait à choisir, parmi les formalités, celles méritant d'être qualifiées de substantielles* »¹⁶⁰⁶. La jurisprudence en la matière est en conséquence caractérisée par un empirisme très fort¹⁶⁰⁷.

853. Rattachement de la formalité à un principe supérieur. De manière positive, certaines garanties ont été identifiées par rattachement à un fondement constitutionnel. En ce sens, le Conseil d'État a jugé que la consultation des comités techniques paritaires constitue, pour les représentants du personnel, une garantie découlant du principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail consacré par le préambule de la Constitution de 1946¹⁶⁰⁸. Le rapprochement d'autres décisions révèle que le juge qualifie de garanties certaines formalités protectrices d'autres droits consacrés par des normes supra-législatives, tels que le droit de propriété¹⁶⁰⁹, les droits de la défense¹⁶¹⁰ ou le droit à

1605 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU : « Jurisprudence *Danthy* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1606 Camille BROUELLE, *id.*

1607 Camille GIRAUD, « Bilan des garanties au sens de la jurisprudence *Danthy* », *Jcp A* 2018, n° 2, 2026.

1608 Le juge l'indique dans la décision *Danthy*. V. également CE, 15 mai 2012, n° 339834, *Fédération Interco CFTD* ; CE, 22 janvier 2013, n° 355511, *Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires*. De même, à propos de la consultation de la commission paritaire locale, v. CE, 17 mars 2017, n° 392467, *CCI de région Paris Île-de-France*. La consultation du comité technique paritaire est également une garantie pour les agents intéressés par les décisions devant être adoptées après leur consultation : CE, 1^{er} février 2017, n° 396810, *Commune de Cournon-d'Auvergne* (garantie au bénéfice d'un agent dont le poste est supprimé).

1609 CE, 20 novembre 2013, n° 361986, *Commune de Royère-de-Vassivière* : l'obligation pour une commune envisageant de céder un chemin rural de mettre en demeure les propriétaires riverains (art. L. 161-10 du code rural), afin qu'ils puissent être informés du projet et puisse se porter acquéreur, constitue pour eux une garantie ; CE, 23 décembre 2014, n° 364785, *Communauté urbaine Brest Métropole Océane* : la consultation du service des domaines préalablement à l'exercice du droit de préemption constitue une garantie ; CAA Nantes, 2 février 2018, n° 17NT01380, *Mme Cherest-Lancesseur et autres* : la convocation des propriétaires intéressés à une visite sur les lieux dans le cadre d'une enquête publique préalable à la modification du tracé d'une servitude de passage sur le littoral constitue pour eux une garantie.

1610 CE, 22 février 2012, n° 343052, *M. Sarrazin* : la règle selon laquelle un conseil d'enquête, consulté avant le prononcé de certaines sanctions à l'encontre d'un militaire ne peut être composé de membres ayant participé à un conseil d'enquête précédent relatif aux mêmes faits constitue une garantie au bénéfice de l'agent visé par la procédure disciplinaire ; CE, 15 janvier 2014, n° 363559, *La Poste* : la convocation en nombre égal des représentants de l'administration et du personnel, membres d'une commission administrative paritaire, constitue une garantie pour les fonctionnaires dont la situation est soumise à la commission ; CE, 31 janvier 2014, n° 369718, *Mme Picot-Grandjean* : la communication du dossier constitue une garantie prévue par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ; CE, 7 mars 2014, n° 368200, *M. Poulain* : l'information quant au caractère contradictoire de la procédure et à la possibilité d'être entendu devant la commission constitue une garantie ; CE, 24 juillet 2019, n° 418061, *Mme Fargetton* : la communication du rapport dressé à propos de faits justifiant un avertissement constitue une garantie pour l'agent ; CE, 24 juillet 2019, n° 416818, *Mme Fastrez* : le respect d'un délai de quinze jours préalablement à la convocation du conseil de discipline constitue pour l'agent concerné une garantie visant à lui permettre de préparer utilement sa défense.

l'information et à la participation du public en matière d'environnement¹⁶¹¹, sans toutefois les invoquer explicitement.

854. La possibilité du rattachement d'une formalité à un principe de valeur constitutionnelle n'implique cependant pas nécessairement que celle-ci puisse être qualifiée de garantie. Le Conseil d'État a notamment jugé que la consultation de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments à propos d'une mesure relative à un produit phytopharmaceutique ne constituait pas une garantie¹⁶¹², alors même que le Conseil constitutionnel a reconnu un droit à la protection de la santé sur le fondement du 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁶¹³. De même, il a estimé que la consultation du service des domaines, qui constitue une garantie lorsqu'elle intervient préalablement à l'exercice du droit de préemption¹⁶¹⁴, n'en est pas une dans le cadre de la cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune¹⁶¹⁵. Il apparaît ainsi nettement qu'un lien possible avec un droit ou une liberté ne suffit pas pour qualifier une formalité de garantie.

855. Analyse finaliste de la formalité. Le juge peut se livrer plus directement à une analyse finaliste de la formalité pour déterminer, « *au regard de son objet et de la façon dont elle s'insère dans le processus décisionnel de l'administration* »¹⁶¹⁶, si elle constitue une garantie dans l'économie générale de la procédure¹⁶¹⁷. Une telle approche semble se prêter plus facilement à l'identification de garanties dans les procédures préalables à l'adoption de décisions individuelles que d'actes de portée générale. Ainsi, en matière de procédures préalables à l'adoption de décisions individuelles, le juge peut qualifier de garantie une

1611 CE, 10 juin 2013, n° 355791, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres* ; CE, 12 juillet 2019, n° 424600, *Fédération nationale des chasseurs*.

1612 CE, 23 juillet 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs*.

1613 CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*.

1614 CE, 23 décembre 2014, n° 364785, *Communauté urbaine Brest Métropole Océane*.

1615 CE, 23 octobre 2015, n° 369113, *Société CFA Méditerranée*.

1616 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU : « Jurisprudence Danthony : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1617 Par ex., v. CAA Marseille, 9 novembre 2018, n° 17MA02286, *SCI Marine et autres* : la Cour juge qu'il résulte des dispositions des articles L. 562-1 à L. 562-9 du code de l'environnement « *que le législateur a entendu associer les conseils régionaux et généraux à l'élaboration des plans de prévention des risques d'incendies de forêt qui doit se faire en concertation avec ces collectivités ; que la décision approuvant un plan de prévention des risques d'incendies de forêt ne saurait, dès lors, intervenir qu'au terme d'une procédure associant régulièrement à son élaboration le département et la région concernés* ». En l'espèce, « *l'absence d'association de (...) deux collectivités à l'élaboration d'un document qui s'imposera à elles dans l'exercice de leurs compétences respectives les ont privées d'une garantie et a constitué une irrégularité de nature à entacher d'illégalité l'arrêté contesté* ».

consultation favorisant le débat contradictoire ou collégial au bénéfice de certains intéressés¹⁶¹⁸.

856. Cas des procédures de consultation. Le juge écarte en revanche cette qualification au sujet d'un très grand nombre de consultations préalables à l'adoption d'actes généraux¹⁶¹⁹. Lorsqu'il relève que la vocation de telles consultations est d'éclairer l'administration, le juge indique implicitement que cette fonction n'est pas constitutive en elle-même d'une garantie au bénéfice de l'auteur de l'acte : « *Quoiqu'on en pense en pratique, l'administration est réputée disposer des compétences et des informations nécessaires à l'exercice de son pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge* »¹⁶²⁰. Cette conception peut trouver une justification dans la prise en compte de l'exigence de stabilité. Le juge admet en effet que la notion de personne intéressée susceptible d'être privée d'une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony* ne se limite pas à la seule catégorie des requérants mais peut, dans certains cas, englober l'auteur de l'acte lui-même ou les membres de son organe délibérant¹⁶²¹. Cette approche, observée au prisme objectif du contentieux de l'excès de pouvoir, paraît permettre à un requérant particulier de tirer argument d'un vice ayant affecté l'information de l'auteur de l'acte, sur le fondement de la privation de garantie¹⁶²². En resserrant comme il le fait le champ de la notion de garantie, le juge ne permet le contrôle d'une irrégularité affectant une procédure de consultation préalable à l'adoption d'un acte de portée générale qu'au titre de l'influence qu'elle a pu exercer sur le sens de cet acte. Il résulte nécessairement de cette tendance jurisprudentielle rejetant la qualification de garantie que le risque d'annulation pour vice de procédure se réduit à la faveur de la stabilité des actes réglementaires.

1618 CE, 22 octobre 2018, n° 412768, *M. Barnat* et CE, 24 juillet 2019, n° 423417, *Mme Maamir*, à propos de la consultation de la commission de recours amiable des caisses d'allocations familiales ; CE, 7 février 2016, n° 372130, *M. Leonard*, à propos de la consultation des membres d'une association syndicale agréée préalablement à l'établissement du budget ; CE, 7 février 2020, n° 428625, *Mme Guillaume*, à propos de la consultation préalable d'une commission administrative paritaire avant une décision de détachement.

1619 CE, 23 juillet 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs* ; CE, 8 janvier 2016, n° 373058, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres* ; CE, sect., 22 décembre 2017, n° 395963, *Commune de Sempy* ; CE, 22 octobre 2018, n° 406746, *M. Dessailly et autres* ; CE 17 juin 2019, n° 417962, *Union nationale des associations de santé à domicile* ; CE, 3 juin 2020, n° 414018, *Association des amis du banc d'Arguin du bassin d'Arcachon*.

1620 Alexandre LALLET, concl. sur CE, 8 avril 2015, n° 371236, *Syndicat national des médecins biologistes*.

1621 Gilles ROUX, « La notion de personnes « intéressées » au sens de la jurisprudence *Danthony* », *AJDA* 2017, p. 1649 ; dans le même sens, v. les conclusions de Maud VIALETTES sur CE, 17 juillet 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, qui estime qu'« *il ne fait guère de doute que l'intervention préalable du Conseil d'Etat sur les projets de décret en Conseil d'Etat est constitutive d'une garantie, garantie de sécurité juridique au bénéfice tant du Gouvernement que des citoyens* » (conclusions accessibles sur la base de données Ariane).

1622 Par ex., CAA Marseille, 9 novembre 2018, n° 17MA02286, *SCI Marine et autres*.

857. Privation. Si le juge considère que la formalité de procédure constitue une garantie, il devra, dans une seconde phase, examiner si les intéressés ont été privés de son bénéfice¹⁶²³. La caractérisation d'une privation de garantie suppose l'identification d'un « *vice d'une certaine gravité* »¹⁶²⁴. Il semble qu'elle peut résulter d'une irrégularité qui a, par elle-même, fait obstacle à la jouissance d'une garantie procédurale.

858. Omission. Ainsi, toute omission totale de l'accomplissement d'une formalité constitutive d'une garantie est de nature à priver les intéressés de son bénéfice. Tel est notamment le cas du défaut de communication du dossier, qui prive effectivement de la garantie que constitue sa consultation¹⁶²⁵, ou de l'omission d'une consultation, lorsqu'elle est regardée comme une garantie procédurale¹⁶²⁶.

859. Accomplissement irrégulier. Dans certaines hypothèses, l'accomplissement irrégulier d'une formalité constitutive d'une garantie a le même effet de négation de ses effets, et peut être considéré comme une privation. En ce sens, la convocation en nombre inégal des représentants de l'administration et du personnel dans une commission administrative paritaire prive les intéressés de la garantie qui doit résulter de sa composition paritaire¹⁶²⁷. De même, le défaut de mention de la possibilité pour un fonctionnaire d'être entendu devant la commission de réforme, même s'il a été destinataire d'un courrier lui indiquant qu'il pouvait formuler des observations écrites, prive l'intéressé d'une garantie tenant au caractère contradictoire de la procédure¹⁶²⁸. Également en matière disciplinaire, le juge a considéré que la méconnaissance du délai de convocation devant le conseil de discipline prive d'une garantie, dès lors que sa durée de quinze jours permet à l'intéressé de préparer utilement sa défense¹⁶²⁹.

860. En revanche, certaines irrégularités de moindre importance ne suffisent pas, par elles-mêmes, à emporter la privation d'une garantie : il en va ainsi d'irrégularités relatives au

1623 Certaines décisions indiquent que la notion de personne intéressée est appréciée en relation avec la décision litigieuse : p. ex. CE, 4 juillet 2012, n° 336739 *Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma*, qui évoque les « *personnes intéressées par cette décision* ».

1624 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, p. 195.

1625 CE, 31 janvier 2014, n° 369718, *Mme Picot-Grandjean*.

1626 CE, 23 décembre 2014, n° 364785, *Communauté urbaine Brest Métropole Océane* ; CE, 15 avril 2016, n° 372130, *M. Leonard*.

1627 CE, 15 janvier 2014, n° 363559, *La Poste*.

1628 CE, 7 mars 2014, n° 368200, *M. Poulain*.

1629 CE, 24 juillet 2019, n° 416818, *Mme Fastrez*.

respect des délais de convocation d'une commission consultative¹⁶³⁰, d'erreurs dans les signatures d'un avis¹⁶³¹ ou encore dans la composition d'une commission¹⁶³².

861. Satisfaction par équivalence. En toute hypothèse, la privation d'une garantie ne peut être caractérisée qu'au terme d'un examen concret des pièces du dossier et des circonstances de l'espèce. Il en résulte que la commission d'une irrégularité étant de nature à priver d'une garantie peut être compensée par l'accomplissement d'autres mesures permettant une satisfaction jugée suffisante des objectifs en vue desquels cette garantie a été instituée. De nombreuses décisions soulignent que, malgré la gravité d'une irrégularité affectant une formalité constitutive d'une garantie, cette dernière peut être satisfaite par équivalence afin d'éviter de constater une privation qui entraînerait l'illégalité de l'acte.

862. Le Conseil d'État a ainsi jugé que « *la communication du rapport émanant de l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire, en temps utile avant la séance, au fonctionnaire déféré devant le conseil de discipline et aux membres de celui-ci satisfait aux fins en vue desquelles sa lecture a été prévue (...), notamment au respect des droits de la défense* »¹⁶³³. Le défaut de lecture de ce rapport n'implique dès lors pas de privation d'une garantie relative aux droits de la défense, tant qu'il a été communiqué en temps utile. Il a également considéré que l'omission complète de la publication d'un avis appelant certaines organisations à exprimer leur point de vue sur un projet de texte n'emportait pas l'illégalité de l'acte, dès lors que les intéressées « *ont été mises en mesure de faire connaître leurs observations, sans que le défaut de publication les ait privées par lui-même d'une garantie* »¹⁶³⁴. Pareillement, l'insuffisance d'une note de synthèse relative à une révision du PLU ne prive pas les membres du conseil municipal d'une garantie dès lors qu'il apparaît qu'ils étaient suffisamment informés à ce sujet, le juge signalant une certaine prudence par l'emploi de la formule « *dans les circonstances particulières de l'espèce* »¹⁶³⁵. De même, encore, une irrégularité relative à la

1630 CE, 22 octobre 2012, n° 345153, *Ministre du travail c/ Mme Widowitsch*.

1631 CE, 25 mars 2013, n° 353427, n° 353428, *Société Ecran Sud*.

1632 CE, 6 novembre 2013, n° 359501, *M. Paris* (présence d'une personne qui n'est pas membre de la commission) ; CE, 5 juin 2015, n° 380676, *La Poste* (présidence de la commission administrative paritaire par le représentant du directeur *délégué* des ressources humaines et des relations sociales, au lieu du représentant du directeur *général* des ressources humaines et des relations sociales).

1633 CE 12 février 2014 n° 352878, *M. de Latour*.

1634 CE, 19 juin 2013, n° 352898, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*.

1635 CE, 17 juillet 2013, n° 350380, *SFR* : en l'espèce, le juge relève que le conseil municipal avait, dans la même composition et dans des conditions d'information régulières, délibéré moins de sept mois auparavant sur le projet de révision du plan local et que la note de synthèse qui leur a été délivrée explicitait les seules modifications apportées au plan soumis à approbation par rapport au projet de révision. rapport au projet de révision.

publicité donnée à une information concernant une enquête publique n'a privé les intéressés d'aucune garantie dès lors qu'il apparaît qu'une publication dans un magazine municipal dématérialisé a produit un effet d'information comparable. Le juge du fond relève ainsi que « *l'objet consistant à faire parvenir aux habitants de la commune les informations pratiques et administratives nécessaires à la participation à l'enquête publique pouvait donc être pleinement atteint par l'utilisation d'un tel organe* », et estime que cette modalité d'information a suscité une participation d'un degré comparable à celui qui aurait pu résulter du respect de la formalité prévue¹⁶³⁶.

863. Un tel raisonnement pragmatique et subjectif favorise nécessairement la stabilité des situations juridiques, d'une manière qui peut évoquer la théorie de la « formalité non substantielle en l'espèce » illustrée par la décision *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud* de 1975¹⁶³⁷. Il permet en effet de maintenir un acte alors même qu'une formalité importante a été méconnue ou qu'un vice grave a été constaté. Alors que la motivation des décisions du juge administratif permet généralement de reconnaître le caractère justifié de la neutralisation des irrégularités, il convient de reconnaître que son approche présente encore un inconvénient qui a pu être évoqué au sujet de l'ancienne théorie, tenant notamment au manque de prévisibilité qu'implique inévitablement une analyse aussi casuistique¹⁶³⁸. S'il est relativement aisé d'identifier *a priori* un vice de procédure voué à être écarté, il est plus complexe d'affirmer qu'une irrégularité considérée comme privative d'une garantie implique à coup sûr l'annulation.

864. Si le vice n'a pas atteint une garantie ou si l'intéressé n'en a pas été privé, il pourra encore justifier l'annulation si le juge estime qu'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision.

2 - Le pragmatisme du juge dans l'analyse du vice étant susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision

865. Critère de l'influence. La première cause d'illégalité pour vice de procédure envisagée par la décision *Danthony* correspond à l'hypothèse dans laquelle l'irrégularité commise a été « *susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise* ». Ce critère, qui trouve son origine dans la jurisprudence relative aux consultations

1636 CAA Versailles, 13 mars 2014, n° 13VE01699, *Commune de Noisy-le-Grand*.

1637 Sur ce point, v. Daniel LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *Mel. Jegouzo*, 2009, p. 484.

1638 Camille GIRAUD, « Bilan des garanties au sens de la jurisprudence *Danthony* », *Jcp A* 2018, n° 2, 2026.

effectuées à titre facultatif¹⁶³⁹, a été repris par le législateur à l'article 70 de la loi de 2011, qui l'a étendu aux consultations à caractère obligatoire avant que le Conseil d'État ne le consacre comme l'un des critères généraux de son analyse des vices de procédure. Dans son rapport public *Consulter autrement, participer effectivement*, le Conseil d'État relevait ainsi qu'une difficulté juridique « sérieuse » pouvait résulter de « la détermination et l'appréciation de l'influence de l'irrégularité sur la décision »¹⁶⁴⁰. Cette alternative de la jurisprudence *Danthy*, qui fait intervenir moins de concepts théoriques que celle de la privation d'une garantie, repose sur une démarche nécessairement empirique qui peut difficilement être exposée autrement que par un inventaire de la jurisprudence.

866. Mesure de l'influence potentielle du vice. Il ne peut être contesté que tout vice de procédure est « susceptible d'influencer le résultat final »¹⁶⁴¹. Dès lors, comme le souligne le professeur Camille Broyelle, « affirmer rétrospectivement que telle irrégularité plutôt que telle autre avait vocation à produire un effet sur la décision résulte avant tout d'une prise de position »¹⁶⁴². La hiérarchisation entre les irrégularités « bénignes »¹⁶⁴³ et celles qui sont de nature à exercer une influence sur le sens de la décision est fondée sur une analyse concrète des circonstances de chaque espèce et des pièces du dossier. Sur cette base, le juge se livre à un travail de reconstruction fictive de la procédure préalable pour mesurer l'effet de l'irrégularité constatée, qui peut être comparé à celui qu'il effectue lorsqu'il neutralise les motifs en application de la jurisprudence *Dame Perrot*¹⁶⁴⁴. La neutralisation des motifs étant opérée au regard de *l'instruction*, et non des pièces du dossier comme l'indique la formule d'usage dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le rapprochement de ces techniques souligne que l'appréciation de l'influence du vice de procédure « s'apparente plus au contrôle de plein contentieux qu'à celui de l'excès de pouvoir »¹⁶⁴⁵. L'examen permettant au juge de déterminer si l'irrégularité a été « susceptible » d'exercer une influence sur le sens de l'acte attaqué peut être décrit comme un « contrôle de la probabilité de l'influence générée par le vice procédural »¹⁶⁴⁶ : s'il n'est pas nécessaire d'établir que le vice a effectivement, en

1639 Cf. supra. V. CE, 19 mars 1976, n° 98266, *Ministre de l'économie c/ Bonnebaigt*, rec. p. 167.

1640 Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, rapport public annuel pour 2011, *EDCE*, p. 126.

1641 Camille BROYELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *Jcp A* 2012, n° 13, 2089

1642 *Ibid.*

1643 Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU : « Jurisprudence *Danthy* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

1644 Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, *op. cit.*, p. 126.

1645 *Ibid.*

1646 Christophe ROUX, « *Danthy*, cinq ans après », *DA* 2016, n° 12, alerte 138

l'espèce, déterminé le sens de l'acte, il doit toutefois, pour causer l'illégalité, présenter au minimum un certain potentiel d'influence. Par ailleurs, l'appréciation de l'influence qu'a pu exercer une irrégularité étant effectuée de manière concrète, différentes circonstances peuvent être relevées par le juge pour justifier la neutralisation d'un vice qui serait en lui-même susceptible d'exercer une influence.

867. Déroulement de la procédure. La jurisprudence témoigne d'un pragmatisme important en matière d'irrégularités relatives au respect des délais dans la procédure préalable. L'accomplissement tardif d'une formalité n'est pas susceptible d'exercer une influence sur le sens de l'acte, lorsqu'il apparaît qu'elle a été effectuée en temps utile au regard des circonstances de l'espèce et de la nature de la procédure¹⁶⁴⁷. Il en va de même au sujet des modalités de la procédure, la jurisprudence considérant généralement que le recours irrégulier à une procédure dématérialisée n'est pas de nature à exercer une influence sur le sens de la décision¹⁶⁴⁸.

868. Procédures de consultation. Lorsqu'une consultation revêt un caractère obligatoire, son omission peut être considérée comme susceptible d'exercer une influence sur le sens de l'acte¹⁶⁴⁹. Cependant, le juge peut neutraliser un vice affectant une procédure de consultation de plusieurs manières. Il peut notamment prendre en compte la position de l'organisme sur les questions qui devaient lui être soumises. Ainsi, une omission de consultation est jugée sans incidence sur le sens de l'acte adopté lorsqu'il ressort des pièces du dossier que l'organisme a déjà pris une position favorable à l'occasion d'une consultation antérieure¹⁶⁵⁰. De même, le juge estime que le sens d'un acte n'a pu être influencé par l'intervention, postérieurement à son adoption, d'un avis favorable à la mesure décidée¹⁶⁵¹. A l'inverse, le Conseil d'État a jugé, dans la décision de section *Commune de Sempy*, que le défaut de consultation d'un organisme avait été susceptible, en l'espèce, d'exercer une influence sur le sens de l'acte, en relevant que cet organisme avait émis un avis défavorable postérieurement à l'adoption de la délibération de la commune¹⁶⁵². Le juge peut également neutraliser un vice résultant d'un défaut de

1647 CE, 27 avril 2012, n° 348637, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU* ; CE, 22 octobre 2012, n° 345153, *Ministre du travail c/ Mme Widowitsch* ; CE, 30 décembre 2014, n° 366899, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT* ; CE, 30 décembre 2015, n° 382756, *Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles et autres* ; CE, 17 mars 2017, n° 396835, *SNPA* ; CE, 9 mars 2018, n° 407516, *Société ENEDIS et autres*.

1648 CE, 9 novembre 2016, n° 391307, *Société Bayer Healthcare* ; CE, 4 juillet 2018, n° 393194, *Mme Zanda*.

1649 CE, 13 novembre 2013, n° 351776, *CGT-FO et autres*.

1650 CE, 23 juillet 2012, n° 341726, *Association générale des producteurs de maïs*.

1651 CE, 17 février 2012, n° 332509, *Société Chiesi*.

1652 CE, sect., 22 décembre 2017, n° 395963, *Commune de Sempy*.

consultation lorsqu'il estime que l'avis qu'elle aurait suscité n'aurait pu exercer d'influence sur le sens de la décision : il a ainsi considéré que l'omission d'une consultation n'avait pu, dans les circonstances d'une espèce, exercer d'influence sur le sens d'une décision adoptée au terme d'une procédure impliquant de très nombreuses autres consultations régulièrement menées¹⁶⁵³. De manière comparable, le juge a pu neutraliser une irrégularité résultant du défaut de motivation d'un avis en relevant, au regard de la convergence des avis exprimés à l'occasion de la consultation d'autres organismes, que « *le pouvoir réglementaire était suffisamment éclairé sur les suites à donner à la demande* » présentée par la société requérante¹⁶⁵⁴. En sens inverse, le juge admet qu'une telle irrégularité peut exercer une influence sur le sens de l'acte lorsque l'organe délibérant n'est pas suffisamment informé, mais croit l'être. Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'omission de la consultation d'un conseil d'arrondissement par le Conseil de Paris avait été susceptible d'exercer une influence sur sa délibération, celle-ci visant de manière erronée qu'un avis avait été rendu par le conseil d'arrondissement¹⁶⁵⁵.

869. Composition des commissions consultatives. Le pragmatisme du juge l'amène également à neutraliser un certain nombre d'irrégularités relatives à la composition de commissions consultatives. L'absence d'un membre est notamment considérée comme dépourvue d'influence sur le sens de la décision lorsqu'il ressort des pièces du dossier qu'elle est palliée par la présence d'autres membres¹⁶⁵⁶. De même, la présence d'un représentant du ministre des transports au sein d'une commission dont ce ministre n'est pas membre n'est pas de nature à exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision dès lors que « *il ne ressort pas des pièces du dossier que ce fonctionnaire aurait participé aux débats* »¹⁶⁵⁷. En revanche, la participation d'un fonctionnaire aux débats d'une commission administrative paritaire, alors qu'il n'en était pas membre, a été considérée comme susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de son avis et celui de la décision adoptée à sa suite dès lors que, en l'espèce, le déplacement d'une voix exprimée aurait impliqué une égalité des votes favorables et défavorables sur la question soumise à la commission¹⁶⁵⁸. Le juge peut également tolérer

1653 CE, 3 juin 2020 n° 414018, *Association Amis du Banc d'Arguin du Bassin d'Arcachon*.

1654 CE, 10 mai 2017, n° 396774, *GFA Boitelle Charlet*.

1655 CE, 21 janvier 2016, n° 375655, *Ville de Paris*.

1656 CE, 23 décembre 2015, n° 384524, *UPE* ; CE, 30 décembre 2015, n° 371190, *M. Perollier et autres* ; CE, 27 juillet 2016, n° 378327, *M. Hoarau*.

1657 CE, 4 juillet 2012, n° 336739, *Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma*.

1658 CE, 7 avril 2016, n° 376597, *M. Gicquel*.

des irrégularités relatives à l'expiration du mandat des membres d'une commission¹⁶⁵⁹. Il a toutefois relevé, dans la décision *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, qu'une telle circonstance associée à d'autres irrégularités avait pu exercer une influence sur le sens d'une délibération, cette décision jugeant par ailleurs que les vices de procédure constatés avaient également eu pour effet de priver les personnes intéressées d'une garantie¹⁶⁶⁰.

870. Analyse casuistique de l'influence du vice de procédure. Une analyse globale de la jurisprudence révèle ainsi que l'appréciation de l'influence d'un vice de procédure se résume à une affaire d'espèce, des irrégularités semblables pouvant être considérées comme susceptibles d'exercer une influence ou non en fonction de la présence ou de l'absence de circonstances compensatrices. C'est en particulier lorsqu'aucune mesure n'a permis de rétablir l'équilibre procédural bouleversé par la méconnaissance d'une formalité que le juge la qualifiera d'illégalité devant entraîner l'annulation. Cette logique peut clairement être perçue dans une décision *Confédération générale du travail* de 2012, dans laquelle le juge estime qu'une consultation effectuée en sollicitant l'avis, au sein d'organisations syndicales représentatives, de personnes n'occupant pas des positions de responsabilité, après avoir relevé « *que l'administration n'a mis en oeuvre aucune autre modalité de consultation des organisations syndicales représentatives d'employeurs et de salariés, telle que la convocation d'une réunion des organisations représentatives pour discuter du texte, comme ce fut le cas pour l'adoption du précédent arrêté* »¹⁶⁶¹. Un tel raisonnement, qui réduit sérieusement la prévisibilité des conséquences d'un vice de procédure et qui porte donc atteinte à la dimension formelle de la sécurité juridique, favorise incontestablement la sécurité matérielle des actes administratifs et la stabilité des situations qui en découlent.

871. Analyse *in concreto*. Dans les deux branches de la jurisprudence *Danthony*, l'appréciation des conséquences du vice de procédure repose ainsi sur une analyse subjective *in concreto*. Si une approche empirique permet d'identifier *a priori* certains vices qui peuvent théoriquement exercer une influence sur le sens d'un acte ou priver d'une garantie les personnes intéressées, notamment les omissions totales de certaines formalités de consultation ou relatives aux droits de la défense, ces qualifications ne peuvent être retenues par le juge qu'après avoir pris en compte les circonstances propres de chaque espèce.

1659 CE, 17 juin 2014, n° 363216, *Syndicat autonome de la santé en Martinique*.

1660 CE, 10 juin 2013, n° 355791, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres*.

1661 CE, 26 décembre 2012, n° 353288, *CGT*.

872. Parallèlement à la tolérance des vices affectant la régularité externe des actes, qui revêt un caractère classique en droit public interne, la stabilité des situations juridiques est également renforcée par une politique jurisprudentielle émergente de tolérance des vices fondée sur la prise en compte de la situation des requérants.

Section 2 - La tolérance des vices dépourvus d'influence sur la situation du requérant

873. L'existence d'une condition de recevabilité tenant à l'intérêt à agir suppose que le requérant peut bénéficier de la sanction d'un acte illégal qu'il sollicite¹⁶⁶². En ce sens, le contrôle de la légalité repose sur le postulat d'une concordance entre les intérêts subjectifs du requérant et l'intérêt général qui s'attache au respect objectif de la hiérarchie des normes. Cette idée n'implique toutefois pas nécessairement que le requérant ayant intérêt à agir puisse faire valoir tout moyen à l'appui de ses prétentions. Tandis que la logique objectiviste permet l'invocation de tout moyen dans le souci du respect de la légalité, certains systèmes qui valorisent davantage la protection des droits subjectifs de l'individu admettent que les moyens invocables soient limités à ceux qui présentent un intérêt pour le requérant.

874. Une telle restriction subjective des arguments invocables conduit non seulement le juge à tolérer certains vices dépourvus d'incidence sur le requérant, mais implique également un degré élevé de tolérance de sa part dans la mesure où elle permet d'ignorer des vices qui pourraient, selon les cas, constituer des illégalités sanctionnables.

875. L'exigence d'un intérêt au moyen, qui intègre un mécanisme de filtrage subjectif des moyens invocables dans le contentieux de la légalité (§ 1), s'est développée en contentieux administratif français sous l'influence de politiques de renforcement de la stabilité des situations juridiques (§ 2).

§ 1 - L'intérêt au moyen, mécanisme de filtrage subjectif des moyens invocables dans le contentieux de la légalité

876. Le principe de la limitation des moyens invocables à ceux qui présentent un intérêt du point de vue du requérant trouve son origine dans la tradition juridique subjectiviste germanique. Traditionnellement rejeté par le droit administratif interne (A), il s'est néanmoins acclimaté à des systèmes juridiques européens proches de lui (B).

1662 Cf. supra, Partie I, Titre I, Chapitre 1.

A - Un mécanisme traditionnellement rejeté par le droit administratif interne

877. L'inspiration objectiviste du contentieux administratif français s'est opposée à l'émergence d'une règle de recevabilité des moyens fondée sur l'intérêt subjectif du requérant (1), mais a permis l'institution de mécanismes d'encadrement temporel des moyens invocables (2).

1 - La liberté des moyens invocables, conséquence du principe objectiviste d'appréciation de l'intérêt à agir au regard des conclusions de la requête

878. **Appréciation de l'intérêt à agir au regard des conclusions de la requête.** Le principe selon lequel l'intérêt pour agir s'apprécie par rapport aux conclusions de la requête et non par rapport aux moyens invoqués au soutien de celles-ci par le requérant figure parmi les règles les plus classiques relatives au recours pour excès de pouvoir¹⁶⁶³. L'assemblée du contentieux l'a affirmé très clairement dans un arrêt *Albert* du 22 juin 1963 : relevant que « *les conclusions dirigées par le sieur Albert contre le décret du 9 avril 1960 [étaient] recevables eu égard à leur objet* », le juge déduit que « *le requérant est recevable à invoquer à l'appui desdites conclusions tous les moyens susceptibles d'entraîner l'annulation du décret attaqué et notamment ceux tirés de l'irrégularité de la procédure à la suite de laquelle le décret attaqué est intervenu* »¹⁶⁶⁴.

879. Ce principe revêt indiscutablement un caractère « *favorable au demandeur* »¹⁶⁶⁵, dans la mesure où il lui permet, dès lors qu'il a intérêt à obtenir l'annulation d'un acte, d'invoquer tout moyen au soutien de cette fin sans avoir à établir un « *intérêt à soulever le moyen* »¹⁶⁶⁶. Cela implique notamment que le requérant peut se prévaloir de la méconnaissance d'une règle qui pourrait être considérée comme n'ayant pas été établie dans son intérêt : le Conseil d'État a ainsi jugé que des requérants justifiant d'un intérêt à obtenir l'annulation d'une autorisation d'exploitation accordée à une société « *étaient ainsi recevables à se prévaloir de tout moyen de légalité à l'appui de leurs demandes alors même que la règle dont la méconnaissance a été censurée par les premiers juges aurait été édictée au profit de celui qui sollicite l'autorisation d'exploiter* »¹⁶⁶⁷. De même, un requérant peut se prévaloir, à l'appui d'un recours contre un

1663 V. CE, 15 mars 1957, *Israel*, rec. p. 174.

1664 CE, ass., 22 juin 1963, *Sieur Albert*, rec p. 395.

1665 Paul CASSIA, obs. sur CE, sect., 14 février 1958, *Abisset*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 8^e ed., n° 36, p. 691.

1666 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA* 2016, p. 479.

1667 CE, 1^{er} juillet 1988, n° 18020, *Société monégasque de location et négoce de matériel industriel*. La décision relève que le décret méconnu « *n'a d'ailleurs pas été édicté au seul profit du pétitionnaire* ».

acte lui faisant grief, de la violation d'une règle dont la méconnaissance ne serait pas, par elle-même, à l'origine d'une lésion en son chef : une association peut ainsi invoquer l'absence de la mention des nom et prénom de l'auteur d'un acte alors même que, s'agissant du maire d'une commune, la mention de cette qualité lui permettait de l'identifier sans réelle difficulté¹⁶⁶⁸.

880. L'avantage que ce principe fournit au requérant en lui offrant une grande liberté de choix des moyens ne doit toutefois pas faire perdre de vue sa nature réellement objective. S'il permet d'invoquer la violation de toute règle, c'est parce que celles-ci sont conçues comme des prescriptions instituées dans l'intérêt général et non dans l'intérêt particulier de telle catégorie d'administrés. L'absence d'un filtrage subjectif des moyens constitue en effet un « corollaire de la conception objective du recours pour excès de pouvoir »¹⁶⁶⁹ et du contentieux de la légalité, « dont la finalité est la conformité de l'acte contesté à la hiérarchie des normes »¹⁶⁷⁰.

881. Cas du requérant agissant en qualité de membre d'une assemblée délibérante. La jurisprudence administrative classique paraît n'avoir admis qu'une ancienne exception à ce principe dans le contentieux de l'excès de pouvoir, résultant de la décision *Bergeon, Dalle et autres* du 1^{er} mai 1903, par laquelle le juge a consacré le principe de la recevabilité du recours des requérants agissant en qualité de membre d'un organe délibérant contre les actes adoptés par ce dernier. Dans cet arrêt, le Conseil d'État relève que les requérants, « agissant comme conseillers municipaux, soutiennent que la délibération attaquée a fait obstacle à l'exercice de leur mandat et méconnu les dispositions de loi qui en garantissent l'accomplissement » avant de déduire « qu'ainsi, ils ont intérêt et qualité, et que leur requête est recevable ». La formulation employée signale que l'intérêt pour agir est, en l'espèce, reconnu aux requérants eu égard non seulement à leur qualité mais également au moyen qu'ils invoquent. La recevabilité du recours, appréciée au prisme des moyens de la requête¹⁶⁷¹, impliquait également une limitation matérielle du champ du débat contentieux¹⁶⁷² qui constituait, selon le professeur Chapus, une « dérogation de grand relief »¹⁶⁷³ au principe de la liberté des moyens.

1668 CE, 11 mars 2009, n° 307656, *Commune d'Auvers-sur-Oise*.

1669 Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

1670 Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 692.

1671 V. CE, 29 juillet 1925, *Sieur Griffeuille*, rec. p. 763, rejetant pour défaut d'intérêt la requête d'un conseiller général n'alléguant aucune atteinte à l'une des prérogatives conférées par la loi aux conseillers généraux.

1672 CE, sect., 26 novembre 1956, *Demoiselle Cavalier*, rec. p. 387.

1673 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 809.

882. Au cours des années 1990, le juge administratif s'est éloigné de cette solution¹⁶⁷⁴ avant de l'abandonner explicitement par l'arrêt *Ville de Meudon* de 1995, dans lequel il considère que les requérants «*justifiaient en leur qualité de conseillers municipaux d'un intérêt à attaquer les délibérations dont ils demandent l'annulation, même sans se prévaloir d'une atteinte portée à leurs prérogatives*»¹⁶⁷⁵. Dans un contexte de renforcement de la décentralisation, cette décision témoignait de la volonté du juge administratif de faciliter le contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales en permettant aux membres de l'opposition de contester plus aisément les délibérations. Il semble cependant qu'une exception demeure, dans l'hypothèse où le membre de l'assemblée délibérante conteste un acte illégalement pris à la place de cette assemblée par une autre autorité¹⁶⁷⁶ : la décision *Ville de Lisieux* de 1998 a ainsi reconnu l'intérêt à agir d'un conseiller municipal contre la décision par laquelle le maire avait procédé au recrutement d'agents contractuels eu égard au fait qu'il se prévalait de la méconnaissance des compétences du conseil municipal.

883. Le droit administratif français connaît toutefois plusieurs mécanismes d'encadrement de la recevabilité des moyens, qui reposent sur des conditions de délai et peuvent, à ce titre, être présentés comme objectifs¹⁶⁷⁷.

2 - L'encadrement jurisprudentiel et réglementaire de la recevabilité des moyens nouveaux

884. Recevabilité des moyens. Outre certaines irrecevabilités qui découlent de la nature des arguments invoqués par le requérant, le droit administratif connaît l'existence de mécanismes généraux de filtrage des moyens. Le plus emblématique est sans aucun doute celui de l'irrecevabilité, après l'expiration du délai de recours, des moyens fondés sur une cause juridique nouvelle. Issue en contentieux de l'excès de pouvoir de la décision de section *Intercopie* de 1953 et de la décision d'assemblée *Société des aciéries et forces de Saint-François* de 1954, cette règle prétorienne de «*crystallisation du débat contentieux*»¹⁶⁷⁸ est apparue en 1924, avec la notion même de cause juridique en contentieux administratif, dans la décision *Jourda de Vaux* qui l'a appliquée dans le contentieux de pleine juridiction en matière contractuelle. Saisi dans cette espèce d'un litige relatif à la résiliation d'un contrat, le juge

1674 CE, 12 février 1992, n° 75185, *Région Midi-Pyrénées c/ M. Aliès*, LPA 1992, p. 5, concl. Marcel POCHARD.

1675 CE, 24 mai 1995, n° 150360, *Ville de Meudon*, rec. p. 208.

1676 Sur ce point, v. Paul CASSIA, *op. cit.*, p. 693.

1677 Pour reprendre la distinction suggérée par Pierre-Yves Sagnier dans l'article «*Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables*», *AJDA* 2016, P. 1378.

1678 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 675.

avait écarté un moyen tiré de la nullité de ce contrat après avoir estimé qu'il constituait « *une demande nouvelle, fondée sur une cause juridique distincte de celle qui servait de base à la demande présentée dans la requête primitive et qui, dès lors, [n'aurait été] recevable que si elle avait été formée dans le délai de recours au Conseil d'État* ».

885. Stabilisation du débat contentieux. Importée du droit judiciaire privé, la notion de cause juridique est fréquemment définie de manière assez large comme le « *fondement juridique de la demande* »¹⁶⁷⁹ ou comme « *l'ensemble regroupant tous les moyens qui partagent une même caractéristique essentielle* »¹⁶⁸⁰. Dans le contentieux de pleine juridiction, un nombre relativement important de causes juridiques a pu être identifié par la jurisprudence, qui distingue notamment, en matière contractuelle, la violation des clauses du contrat, la nullité du contrat, la responsabilité décennale ou le fait du prince. En s'opposant à ce qu'un requérant invoque un moyen tiré d'une telle cause alors qu'elle n'aurait pas été ouverte avant l'expiration du délai de recours, cette règle a pour effet de fixer la teneur du débat contentieux et d'en éviter la transformation en cours d'instance.

886. Jurisprudence *Intercopie*. Elle revêt une portée plus réduite dans le contentieux de l'excès de pouvoir, dont l'objet se limite nécessairement à l'appréciation de la légalité d'un acte : les deux seules causes distinguées en application de la jurisprudence *Intercopie* sont ainsi l'illégalité externe ou l'illégalité interne de la décision contestée. L'obstacle à l'invocabilité des moyens qu'elle représente dans ce contentieux paraît dès lors relativement facile à contourner pour le requérant qui connaît son existence, à qui il suffit d'invoquer au moins un moyen relevant de chaque cause lors de l'introduction de son recours pour excès de pouvoir.

887. Contestations. Si son efficacité peut être relativisée, notamment parce qu'elle aurait pour effet non désiré d'inciter les justiciables à multiplier les moyens dans le seul but de ne laisser aucune cause juridique fermée, il ne peut être nié que la jurisprudence *Intercopie* constitue une restriction du droit au recours. Son caractère purement prétorien lui conférant

1679 Yannick FAURE, Clément MALVERTI, « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », *AJDA* 2019, p. 271.

1680 Victor HAÏM, *Rep. Cont. Adm.*, « Recours de plein contentieux », § 141.

une faible acceptabilité, elle fait l'objet de certaines critiques doctrinales¹⁶⁸¹, parfois très vives¹⁶⁸², ainsi que de réticences des juges du fond. En 1998, le tribunal administratif de Lyon réuni en formation plénière avait notamment refusé d'en faire application, en jugeant « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucune règle de procédure contentieuse administrative, opposable au requérant, ne lui interdisait de faire valoir, jusqu'à la clôture de l'instruction, tout moyen nouveau à l'appui du recours pour excès de pouvoir qu'il a engagé contre la décision [litigieuse]* »¹⁶⁸³. Cette incartade s'est cependant heurtée à l'orthodoxie de la cour administrative d'appel de Lyon, qui considéra que l'irrecevabilité des moyens relevant d'une cause juridique nouvelle trouvait son fondement dans les dispositions de l'article R. 87 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, aujourd'hui reprises à l'article R. 411-1 du CJA, selon lesquelles la requête doit contenir l'exposé des moyens et des conclusions du requérant¹⁶⁸⁴.

888. Légitimation. Sans en préciser le fondement juridique ou théorique, le Conseil d'État a, pour sa part, qualifié sa création prétorienne de « *règle de procédure* »¹⁶⁸⁵ dans la décision *Conseil départemental de Paris de l'ordre des chirurgiens-dentistes*, en affirmant par ailleurs sa compatibilité au droit à un procès effectif garanti par l'article 6 § 1 de la CESDH. Faute d'indication contraire du juge, c'est généralement dans le principe d'immutabilité de l'instance que les auteurs trouvent les racines de la jurisprudence *Intercopie-Jourda de Vaux*¹⁶⁸⁶. Le rapporteur public Rémi Keller indique en ce sens que la notion de demande nouvelle « *en vertu de laquelle l'étendue du litige ne peut être modifiée après l'expiration du délai de recours, n'est pas propre au contentieux administratif [mais] relève du principe général, applicable à toutes les juridictions, de l'immutabilité de l'instance* »¹⁶⁸⁷. Sous les auspices de ce principe, selon lequel « *les éléments constitutifs de l'instance, tels qu'ils résultent de l'initiative prise par le demandeur, ne peuvent pas être modifiés dans le courant*

1681 V. notamment Florian POULET, « Cause (juridique) toujours, ça m'intéresse ! », blogdroitadministratif.net, 28 novembre 2011 ; Bertrand SEILLER, « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », in *Juger de la légalité administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGE, LexisNexis 2021, p. 55.

1682 Paul CASSIA, obs. sur CE, 16 mai 1924, *Jourda de Vaux* et CE, sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 8^e ed., n° 66, p. 1058.

1683 TA Lyon, form. plén., 9 décembre 1998, n° 9703703, *M. Masson*, *AJDA* 1999, p. 448, concl. Eric KOLBERT.

1684 CAA Lyon, 21 décembre 2000, n° 99LY00668, *ANPE c/ M. Masson*.

1685 CE, 27 juin 2011, n° 339568, *Conseil départemental de Paris de l'ordre des chirurgiens-dentistes*, *AJDA* 2011 p. 2023, concl. Rémi KELLER.

1686 Arthur DENIZOT, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA* 2018, p. 99.

1687 Rémi KELLER, *id.*

du procès déclenché »¹⁶⁸⁸, l'irrecevabilité des moyens rattachés à une demande nouvelle répond à des considérations de bonne administration de la justice. Il semble en effet qu'il soit dans « *l'intérêt de tous que les termes du litige soient cristallisés au-delà d'un certain délai* », afin d'éviter « *un allongement et (...) une complexification des litiges* »¹⁶⁸⁹. Comme le principe général dont elle découle, qui n'apparaît finalement comme « *rien d'autre que le principe de sécurité juridique appliqué au procès lui-même* »¹⁶⁹⁰, l'irrecevabilité des moyens relevant d'une nouvelle cause juridique poursuit un objectif de sécurisation du débat contentieux et de ses suites. La cristallisation des moyens vise en premier lieu à en renforcer la prévisibilité, les exigences de la sécurité juridique rejoignant sur ce point celles de la bonne administration. Elle favorise en second lieu la stabilité de la décision contestée en s'opposant à l'examen de certains moyens dont l'analyse pourrait entraîner l'annulation.

889. Dispositifs textuels de cristallisation des moyens. Ces deux considérations se trouvent depuis 2013 à l'origine du développement, dans le contentieux administratif contemporain, de plusieurs mécanismes réglementaires de cristallisation des moyens. Afin de lutter contre une pratique dilatoire consistant, dans le contentieux des permis de construire, à « *égrener les moyens* »¹⁶⁹¹ à l'appui des conclusions d'annulation pendant des mois au fil de l'échange des mémoires, le pouvoir réglementaire avait suivi l'une des propositions du rapport Labetoulle en créant au sein du code de l'urbanisme un article R. 600-4 prévoyant la possibilité pour le juge, saisi d'une demande en ce sens, de fixer par ordonnance, avant la clôture de l'instruction, une date au-delà de laquelle de nouveaux moyens ne pourraient plus être invoqués. Initialement conçue comme une réponse à une problématique propre à ce contentieux spécifique, la technique de la cristallisation des moyens par ordonnance a été transposée dans le CJA avec la création, par le décret « JADE » du 2 novembre 2016, du mécanisme plus large de l'article R. 611-7-1, l'article R. 600-4 ayant été abrogé à cette occasion. S'il s'inspire de ce dernier, l'article du CJA s'en distingue sur le plan technique dans la mesure où le pouvoir de cristallisation conféré au juge administratif n'est plus conditionné à la formulation d'une demande par le défendeur mais peut être exercé d'office lorsqu'il apparaît que l'affaire est en état d'être jugé¹⁶⁹². Ce mécanisme de cristallisation de portée

1688 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 776.

1689 Rémi KELLER, *id.*

1690 Arthur DENIZOT, *id.*

1691 Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre, rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile Duflot, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement (« rapport Labetoulle »), remis le 25 avril 2013, p. 10.

1692 Julien JORDA, « JADE, le juge administratif et les droits existants », *AJDA* 2019, p. 1031.

générale, dont la mise en œuvre repose sur une appréciation au cas par cas, a été complété en 2018 par l'adoption de deux autres dispositions sectorielles au fonctionnement automatique. Les articles R. 600-5 du code de l'urbanisme et R. 611-7-2 du CJA prévoient ainsi, respectivement en ce qui concerne le contentieux de l'urbanisme et celui des éoliennes, relevant en premier et dernier ressort de la compétence des cours administratives d'appel, que les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication du premier mémoire en défense¹⁶⁹³. En fixant simplement une limite à l'invocation de moyens nouveaux, la mise en œuvre de ces pouvoirs ne fait pas obstacle à ce que les moyens déjà soulevés soient développés jusqu'à la clôture de l'instruction.

890. Bonne administration de la justice. Par l'extension transversale du mécanisme de la cristallisation des moyens qu'elles réalisent, ces différentes dispositions réglementaires « traduisent la focalisation actuelle du contentieux - qu'il s'agisse du contentieux de l'urbanisme ou du contentieux administratif - sur la sécurité juridique »¹⁶⁹⁴. Saisi de recours dirigés contre elles, le Conseil d'État a confirmé leur légalité en apportant des précisions quant à leur finalité. La décision *Syndicat de la juridiction administrative* du 13 février 2019 affirme ainsi, à propos des dispositions de l'article R. 611-7-1 du CJA, qu'elles sont « prises dans l'objectif de bonne administration de la justice et de respect du droit à un délai raisonnable de jugement ». La décision *Conseil national des barreaux et autres et Syndicat des avocats de France* du 3 juillet 2020 adopte la même position au sujet des dispositions de l'article R. 600-5 du code de l'urbanisme, ce qui permet de déduire qu'il n'en va pas différemment en ce qui concerne l'article R. 611-7-2 du CJA. La sécurité juridique n'est, en revanche, pas mobilisée par le juge administratif pour justifier ces différents mécanismes de cristallisation des moyens, ce qui ressort d'autant plus nettement que la décision de 2020 indique que des motifs de sécurité juridique sont au fondement d'autres dispositions réglementaires du code de l'urbanisme soumises au contrôle du juge. Si la bonne administration de la justice se présente, d'une part, comme la finalité la plus directe de ces mécanismes réglementaires de cristallisation des moyens et, d'autre part, comme un motif suffisant pour les justifier légalement, la sécurité juridique n'est pas complètement absente de leurs inspirations. Elle se retrouve nécessairement dans l'objectif d'accélération du traitement des recours, qui vise à sécuriser aussitôt que possible la situation litigieuse. Par ailleurs, la

1693 CE, 3 avril 2020, n° 426941, *Association La demeure historique*, *Gaz. Pal.* 2020, n° 21, p. 34.

1694 Rozen NOGUELLOU, « Le contentieux de l'urbanisme », *AJDA* 2020, p. 230.

limitation du champ du contrôle de légalité renforce matériellement la stabilité de l'acte contesté¹⁶⁹⁵.

891. Sécurité juridique. La généralité du principe de sécurité juridique et le caractère parfois contradictoire des exigences qu'il recouvre ne permettent toutefois pas d'en faire un fondement des mécanismes de cristallisation aussi indiscutable que celui de la bonne administration de la justice. Ainsi, la prise en compte de la finalité de sécurité juridique poursuivie par l'article R. 600-4 du code de l'urbanisme avait conduit la cour administrative d'appel de Bordeaux à juger, sur les conclusions du rapporteur public Nicolas Normand, que la cristallisation ordonnée en première instance devait perdurer en appel et faire obstacle à ce qu'un moyen présenté devant le tribunal administratif postérieurement à la notification de l'ordonnance de cristallisation puisse être invoqué devant la juridiction supérieure¹⁶⁹⁶. La sécurité juridique pouvait cependant être invoquée au soutien de la solution contraire, adoptée par le Conseil d'État dans la décision *Société Active immobilier et EURL Donimmo* du 13 février 2019¹⁶⁹⁷. En effet, selon la rapporteure publique Anne Iljic, « *la bonne administration de la justice comme le souci d'assurer la sécurité juridique des actes attaqués plaident (...) pour assurer la tenue du débat le plus complet possible* »¹⁶⁹⁸. Le Conseil d'État privilégie ainsi la possibilité d'un débat complet sur la légalité de l'acte, en appel, à la sécurisation qu'aurait permis le verrouillage irréversible des moyens invocables. En donnant cet avantage immédiat au principe de légalité, il fait tout de même prévaloir la sécurité juridique dans le temps long du procès en évitant de faire émerger « *de nouveaux contentieux destinés à permettre aux parties de faire valoir les moyens qu'elles auraient été privées d'invoquer* »¹⁶⁹⁹. Bien que cette solution préserve dans une certaine mesure la conception qui fait du recours pour excès de pouvoir une voie de défense de la légalité objective, sa portée doit malgré tout être relativisée dès lors qu'elle s'insère dans le cadre juridique contraignant tracé par les différentes règles de cristallisation.

892. Superposition de la jurisprudence *Intercopie* et des dispositifs textuels. L'adoption de ces dispositifs réglementaires s'est, en effet, accomplie sans que la règle jurisprudentielle

1695 Pierre-Yves SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, p. 1378 ; Olga MAMOUDY, « L'instruction : faire vite, mais à quel prix ? », *RDJ* 2020, n° 1, p. 43.

1696 CAA Bordeaux, 30 novembre 2017, n° 15BX01869, *Confédération pour les entrepreneurs et la préservation du Bassin d'Arcachon*, *AJDA* 2018, p. 235 concl. Nicolas NORMAND.

1697 CE, 13 février 2019, n° 425568, *Société Active immobilier et EURL Donimmo*, *AJDA* 2019 p. 822, concl. Anne ILJIC, p. 825 note Olga MAMOUDY.

1698 Anne ILJIC, *id.*

1699 *Ibid.*

de l'irrecevabilité des moyens relevant d'une cause juridique nouvelle après l'expiration du délai de recours soit remise en cause¹⁷⁰⁰ ni, d'ailleurs, confirmée. Il en résulte une superposition des mécanismes d'encadrement de la recevabilité des moyens, la jurisprudence *Intercopie* agissant comme un premier filtre au niveau des causes juridiques, auquel peut succéder, selon les hypothèses, un second degré de filtrage au niveau de chaque moyen au sein des causes juridiques ouvertes. Le cumul de ces techniques de cristallisation des moyens peut amener à s'interroger sur la pertinence du maintien de la jurisprudence *Intercopie*¹⁷⁰¹, dont l'efficacité peut sembler moindre dès lors qu'elle ne revêt pas le caractère transversal des mécanismes réglementaires. Son application systématique la distingue toutefois de la cristallisation de l'article R. 611-7-1 du CJA, qui n'a vocation à être mis en œuvre que si le juge en éprouve le besoin avant la clôture de l'instruction et à la condition que l'affaire soit en état d'être jugée¹⁷⁰². En faveur du maintien de la jurisprudence *Intercopie*, il pourra être considéré qu'elle peut suffire à discipliner les débats sans imposer le recours au mécanisme plus rigoureux de l'article R. 611-7-1 du CJA. Il peut également être relevé qu'en dépit de son caractère jurisprudentiel, elle dispose d'une prévisibilité mécanique supérieure à celle de la cristallisation du CJA, tributaire de l'appréciation du juge. Toutefois, il est permis de penser que l'abandon de la jurisprudence *Intercopie* dans le contentieux de l'excès de pouvoir pourrait être envisagé¹⁷⁰³. Le développement de la jurisprudence *CFDT Finances*, qui exclut l'invocation des vices de forme et de procédure lors du contrôle incident des actes réglementaires, semble réduire l'utilité d'une distinction des causes juridiques dans le contentieux par voie d'action. Enfin, peut-être le contentieux administratif contemporain pourrait-il se contenter, en règle générale, d'un unique dispositif de cristallisation des moyens dont la mise en œuvre serait limitée aux cas dans lesquels il apparaît nécessaire de limiter le champ du débat contradictoire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice¹⁷⁰⁴.

893. L'essor contemporain des mécanismes de cristallisation des moyens peut s'expliquer par la compatibilité de leur logique objective à celle de l'excès de pouvoir. Il souligne, en

1700 Sur ce point, v. Caroline LANTERO, « Les apports du décret JADE », *RDP* 2017, n° 5, p. 1180.

1701 *Réflexions pour la justice administrative de demain*, rapport du groupe de travail présidé par Mme Odile Piérart, novembre 2015, p. 33 ; Caroline LANTERO, *ibid.*

1702 V. CE, 30 janvier 2020, n° 426346, *M. Robert*, jugeant que l'article ne peut être mis en œuvre avant l'expiration du délai laissé au requérant pour répliquer au premier mémoire en défense.

1703 Tel était le sens du rapport Piérart. V. également Florian POULET, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *AJDA* 2016, p. 279 ; Laurence HELMLINGER, « Les réflexions du Conseil d'État sur la « justice administrative du XXI^e siècle » », *RDP* 2017, p. 1170.

1704 Bertrand SEILLER, « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », in *Juger de la légalité administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGE, LexisNexis 2021, p. 68.

négalif, la prudence avec laquelle sont expérimentés les mécanismes de filtrage subjectif des moyens, qui semblent étrangers au contentieux de l'excès de pouvoir, mais dont le droit comparé fournit plusieurs illustrations dans des systèmes juridiques proches.

B - Un mécanisme admis dans le contentieux de la légalité de systèmes juridiques étrangers

894. À la différence du droit administratif interne, construit sur des fondements théoriques objectivistes très affirmés, certains systèmes juridiques étrangers plus sensibles à la logique subjectiviste admettent la règle de l'intérêt au moyen. Tel est le cas du droit belge (1) et du droit de l'Union européenne (2).

1 - Dans la lignée de la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique, le législateur fédéral belge a consacré la règle de l'intérêt au moyen.

895. Origine jurisprudentielle de l'exigence d'intérêt au moyen. Le Conseil d'État de Belgique a dégagé par voie jurisprudentielle l'exigence d'un intérêt au moyen, qui conditionne la recevabilité des moyens invoqués par le requérant de la même manière que l'intérêt à agir conditionne celle de la requête¹⁷⁰⁵. En application de cette logique inspirée de l'adage « sans intérêt, pas d'action », le requérant peut être déclaré irrecevable à invoquer un moyen auquel il ne justifie pas avoir intérêt : « *ainsi, les moyens pris de la violation de règles de procédure ne sont pas recevables lorsqu'ils sont formulés par des requérants qui n'ont en rien été affectés par ces vices* », indique Philippe Coenraets, en soulignant qu'« *un moyen de procédure ne peut donc jamais être considéré en faisant abstraction de l'ensemble du recours, c'est-à-dire de la situation du requérant face aux vices qu'il dénonce. Le vice qui, pour l'un, a été néfaste peut, pour un autre, demeurer sans effet, voire avoir été bénéfique* »¹⁷⁰⁶. Selon le professeur Michel Pâques, cette condition constitue la « *contrepartie pratique d'un très large accès au recours* »¹⁷⁰⁷. Elle n'est toutefois pas exigée par la Cour constitutionnelle, qui permet à celui qui établit son intérêt au recours d'invoquer tout moyen¹⁷⁰⁸.

896. Consécration législative. Cette exigence a été consacrée par le législateur fédéral belge. L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics l'érige notamment en condition de recevabilité

1705 Philippe COENRAETS, « La notion d'intérêt à agir devant le Conseil d'État: un difficile équilibre entre l'accès au prétoire et la prohibition de l'action populaire », in *Le Conseil d'Etat de Belgique – Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 368.

1706 *Ibid.*

1707 Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 364.

1708 *Ibid.*, spéc. note n° 1525.

du recours. Il dispose que « à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices (...) ». Comme l'a souligné le Conseil d'État, il résulte de cet article que « pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant »¹⁷⁰⁹.

897. Réforme des lois sur le Conseil d'État. Plus largement, l'exigence d'intérêt a été instituée comme une condition législative de recevabilité des moyens en 2014, à l'occasion de la réforme des lois coordonnées sur le Conseil d'État, le législateur fédéral ayant entendu s'inspirer de la jurisprudence *Danthony* du Conseil d'État français¹⁷¹⁰. Ainsi, à la suite du premier alinéa de l'article 14 § 1 de ces lois, aux termes duquel le Conseil d'État statue « sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements », un nouvel alinéa a été inséré, lequel précise que « les irrégularités visées à l'alinéa 1er ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte ». La reprise délibérée des « mots-clés »¹⁷¹¹ du considérant de principe de la décision *Danthony* semble avoir été, pour le législateur belge, un moyen de souligner sa volonté d'éviter que le juge administratif prononce des annulations perçues, notamment lorsqu'elles sont fondées sur des motifs d'illégalité externe, comme excessivement formalistes. La règle législative de l'intérêt au moyen est toutefois d'application plus large que la jurisprudence *Danthony*, dès lors que l'alinéa 2 évoque « toutes et chacune des irrégularités figurant, depuis l'origine, à l'alinéa 1 de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État »¹⁷¹². Elle est ainsi apparue, aux côtés d'autres mesures de la réforme de 2014 parmi lesquelles la boucle administrative ou la possibilité pour le Conseil d'État de moduler les effets de l'annulation d'actes individuels, comme un élément visant à « servir les intérêts des autorités administratives » au nom « d'une forme de pragmatisme d'intérêt général »¹⁷¹³. La Cour constitutionnelle, saisie de ce nouveau dispositif,

1709 CE (Belgique), 5 janvier 2018, n° 240354, SA *Jette Clean*.

1710 Paul LEWALLE, « Le lien entre l'arrêt *Danthony* et le Conseil d'État belge », *Administration publique* 2014, n° 3, p. 360.

1711 *Id.*, p. 363.

1712 *Id.*, p. 364.

1713 Michel KAISER, Emmanuel GOURDIN, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et au moyen », p. 62, in *La justice administrative*, dir ; François VISEUR et Justine PHILIPPART, *Larcier*, 2015, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles.

l'a déclaré conforme à la constitution en 2015 et l'a reconnu comme la consécration d'une exigence découlant d'une jurisprudence constante du Conseil d'État selon laquelle « *le requérant n'est en principe recevable à invoquer une irrégularité que lorsque celle-ci lèse ses intérêts* »¹⁷¹⁴.

898. Constance. L'importation de la logique de la jurisprudence *Danthony* ne paraît pas avoir impliqué de remise en cause de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État de Belgique relative à l'appréciation de la recevabilité des moyens au prisme de l'intérêt du requérant¹⁷¹⁵. La lecture belge de l'arrêt du Conseil d'État français a toutefois emporté un certain nombre d'adaptations, sur les plans conceptuel et technique. En premier lieu, il peut être relevé que, bien que le législateur belge ait souhaité s'inspirer du droit administratif français, le raisonnement qui conduit le juge à décider du rejet du moyen s'en distingue sensiblement dès lors que le droit belge ne repose pas sur un mécanisme d'inopérance mais plutôt d'irrecevabilité, qui devrait postuler l'absence d'examen au fond du moyen¹⁷¹⁶. En deuxième lieu, le juge belge a admis, à la différence du juge français, que la recevabilité du moyen tiré du défaut de motivation formelle de l'acte pouvait être analysé à travers cette grille de lecture inspirée de la jurisprudence *Danthony*. Si le juge administratif a considéré que la motivation formelle constituait une garantie au sens de l'alinéa 2 de l'article 14, § 1 des lois coordonnées, le moyen tiré du défaut de motivation peut ainsi être rejeté pour défaut d'intérêt lorsqu'il apparaît que le requérant n'a pas, en l'espèce, été privé de son bénéfice¹⁷¹⁷. Enfin, la différence la plus significative tient au fait que le juge belge combine la grille de lecture de la jurisprudence *Danthony*, reprise dans la lettre de l'article 14, § 1, avec l'exigence d'un grief en le chef du requérant pour l'appréciation de la recevabilité d'un moyen. Un arrêt du 2 octobre 2015 *ASBL L'enseignement chrétien à Jodoigne* l'illustre nettement. Le Conseil d'État y affirme que l'article 14, § 1, alinéa 2, des lois coordonnées « *n'a pas pour objet d'organiser l'action populaire* », ce dont il déduit qu'« *une irrégularité, ayant eu une influence sur le sens de la décision prise, n'a donc vocation à justifier l'annulation de l'acte attaqué que si elle a*

1714 Cour const. belge, 16 juillet 2015, n° 103/2015, point B.44.2.

1715 Maxime VANDERSTRAETEN, Arnaud PICQUE, « Bilan de la consécration de l'intérêt au moyen dans les lois coordonnées : une (r)évolution du contentieux administratif ? », in François TULKENS (coord.), *Bilan de la réforme du Conseil d'État de 2014. À propos d'intérêt, d'urgence, de maintien des effets, d'indemnités et d'autres choses encore*, Larcier 2021, p. 123.

1716 La portée de cette distinction semble devoir être nuancée dans la mesure où le juge administratif belge considère de manière classique d'un moyen inopérant est, à ce titre, irrecevable (CE (Belgique), 26 novembre 2012, n° 221510, *Ville de Namur*). Il écarte notamment comme irrecevables les moyens tirés de l'illégalité de certains motifs de l'acte, lorsqu'un de ses motifs légaux suffit à le fonder (CE (Belgique), 7 avril 1992, n° 39182, *Degandt*), tandis que le juge administratif français conclurait à l'inopérance des moyens en application de la jurisprudence *Dame Perrot*.

1717 CE (Belgique), 5 avril 2019, n° 244206.

causé grief au requérant ». Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il rejette comme irrecevable le moyen tiré d'une irrégularité de procédure. Dans la mesure où le juge décide d'écarter un moyen qui pourrait franchir le filtre de la jurisprudence *Danthony*, cet arrêt souligne en définitive que la grille d'analyse qu'elle définit ne s'assimile pas complètement à l'exigence d'un intérêt subjectif au moyen, qui conserve une certaine autonomie.

899. Moyens d'ordre public. La consécration formelle de l'intérêt en tant que condition de recevabilité des moyens de légalité semble cependant avoir exercé une influence sur la manière dont le juge administratif belge apprécie l'invocabilité des moyens d'ordre public. L'importance pour l'ordre juridique de ces moyens, « *pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit* »¹⁷¹⁸, justifie classiquement qu'ils puissent être soulevés d'office par le juge et que les parties puissent les faire valoir à tout moment de la procédure, sans avoir à établir leur intérêt à s'en prévaloir¹⁷¹⁹. L'article 14, § 1, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État ne paraît pas avoir été conçu dans l'intention de remettre en cause cette solution¹⁷²⁰, ce dont pouvait témoigner la mention du vice d'incompétence au titre des moyens pouvant entraîner l'annulation sans qu'il y ait lieu de mesurer son influence sur le sens de la décision ou les garanties du requérant. En réservant une place spécifique à ce moyen d'ordre public sans évoquer les autres, le texte pouvait également signaler qu'il bénéficiait d'un régime particulier. Par un arrêt de 2016, le Conseil d'État a pu en déduire qu'un moyen d'ordre public tiré de la violation des règles sur l'emploi des langues¹⁷²¹ ne pouvait être invoqué par une partie n'y ayant pas d'intérêt¹⁷²². Des décisions postérieures ont toutefois pu rappeler, tant à propos de moyens tirés de l'incompétence¹⁷²³ que de la violation des droits de la défense¹⁷²⁴ ou même de la méconnaissance des règles sur l'emploi des langues¹⁷²⁵, que leur caractère d'ordre public impliquait leur recevabilité à tout stade de la procédure et sans considération de l'intérêt du requérant.

1718 CE (Belgique), 13 décembre 2012, n° 221.734, *Bruloot*.

1719 David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, p. 159.

1720 Sur ce point, v. Michel KAISER, Emmanuel GOURDIN, *id.*, p. 66, évoquant les travaux préparatoires de la réforme du Conseil d'État de 2014.

1721 Sur le caractère d'ordre public de ces moyens, v. CE (Belgique), 27 mars 2012, n° 218.641, *Levaux*.

1722 CE (Belgique), 22 juin 2016, n° 235.181, *S.A. TNT Airways*.

1723 CE (Belgique), 28 décembre 2018, n° 243.320, *Dilman*.

1724 CE (Belgique), 23 novembre 2017, n° 239.951, *Van Daelen*.

1725 CE (Belgique), 27 novembre 2019, n° 246.196, *ASBL OXY 15, mon quartier, ma vie*.

900. Cette orientation de la jurisprudence paraît conforme à la théorie des moyens d'ordre public, qui repose sur le postulat de la priorité de certaines valeurs juridiques et sociales sur la logique procédurale subjectiviste de l'exigence d'intérêt au moyen. Elle a toutefois été critiquée : ainsi, le professeur Michel Pâques, estimant que, dans quelques cas, « *l'intérêt au moyen d'ordre public est très discutable* »¹⁷²⁶, envisageait qu'une « *théorie de la relativité* » permette d'« *exclure que le requérant prenne un moyen, ou que le Conseil d'État doive soulever d'office un moyen, pris d'une règle qui n'a pas pour fonction de protéger les intérêts du requérant* »¹⁷²⁷. Cette opinion, inspirée de la théorie allemande de la norme protectrice, semble à la fois peu compatible avec l'idée de contentieux objectif et avec la logique fondamentale de la théorie des moyens d'ordre public : ces moyens de légalité, qui sont assurément bénéfiques au requérant, poursuivent une vocation plus large de préservation de l'ordre juridique et de ses valeurs essentielles ; il semble dès lors que l'intérêt du requérant à s'en prévaloir, dans une espèce donnée, n'est qu'un motif secondaire de la nécessité pour le juge de les examiner. Tel est le cas des règles de compétences qui, sans aucun doute, peuvent permettre au requérant d'obtenir l'annulation d'une décision qui lèse ses intérêts personnels, mais qui garantissent avant tout que l'autorité administrative agit légalement dans le quotidien de son activité.

901. Loyauté procédurale. Sans formellement adhérer à cette lecture, le Conseil d'État belge s'est formellement orienté vers une approche plus subjective de la recevabilité des moyens d'ordre public, par un arrêt d'assemblée générale rendu le 20 juin 2017. Il juge ainsi que « *dans certaines circonstances propres au cas d'espèce, il peut se justifier que le moyen présenté comme étant d'ordre public par la partie requérante ne soit pas examiné lorsque l'invocation de ce moyen apparaît comme une atteinte avérée à la loyauté procédurale, qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours* »¹⁷²⁸. Dans l'espèce ayant donné lieu à cette évolution, le juge a précisé que « *le nombre de moyens invoqués et de questions préjudicielles proposées [dans le dernier mémoire] peut avoir une incidence sur le délai de traitement de l'affaire* », mais « *ne constitue pas en lui-même un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours. De même, la réitération de moyens rejetés dans des affaires précédentes n'est pas en soi non plus une atteinte avérée à la loyauté procédurale, puisqu'une partie peut*

1726 Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 365 (§ 215).

1727 *Ibid.* (note n° 1526).

1728 CE (Belgique), ass. gén., 20 juin 2017, n° 238.588, S.A. *European Air Transport*.

toujours espérer une évolution ou un revirement de la jurisprudence »¹⁷²⁹. Ainsi un moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte, invoqué dans le mémoire en réplique – donc tardivement – a-t-il été jugé recevable en l'absence d'atteinte à la loyauté procédurale¹⁷³⁰. En revanche, un moyen semblable, pris de l'incompétence de l'auteur d'un arrêté adopté au cours d'une période d'expédition des affaires courantes, invoqué par le requérant dans son quatrième et dernier mémoire, a pu être rejeté pour irrecevabilité en dépit de son caractère d'ordre public¹⁷³¹. Selon le Conseil d'État, « *eu égard aux circonstances dans lesquelles s'inscrit traditionnellement une période dite « d'affaires courantes » et à la publicité dont ces circonstances font inmanquablement l'objet, les requérants ne pouvaient, dès avant même l'introduction de leur requête (...) ignorer que l'arrêté attaqué avait été adopté au cours d'une telle période* ». Dès lors, et dans la mesure où les requérants n'étaient pas parvenus à justifier de l'invocation tardive de ce moyen, le Conseil a jugé, au regard « *des circonstances dans lesquelles il est précisément soulevé* », qu'il portait une atteinte avérée à la loyauté procédurale.

902. En accentuant la dimension protectrice de l'administré dans l'équilibre du recours, la condition d'un intérêt au moyen affaiblit le caractère objectif du contentieux de la légalité des actes de la puissance publique. Si la règle de l'intérêt à agir n'échappe pas à une critique semblable, elle peut au moins trouver une justification d'ordre pratique dans la nécessité d'instituer un filtrage minimal des recours pour se prémunir des conséquences déstabilisatrices qu'entraînerait l'ouverture d'une action populaire. Le principe d'une restriction des moyens invocables aux seuls moyens présentant un intérêt individualisé pour le requérant place le contrôle de légalité sous une perspective subjective, qui en limite la portée. Il en va de même de l'exigence de loyauté procédurale qui conditionne la recevabilité des moyens d'ordre public. Il en résulte que des actes illégaux peuvent échapper à la censure du juge à défaut d'action d'un requérant qui soit non seulement suffisamment lésé par l'existence de l'acte mais aussi par le vice qui l'entache.

903. Une telle approche se retrouve, de manière classique, dans le contentieux devant les juridictions de l'Union européenne.

1729 CE (Belgique), 21 décembre 2018, n° 234.319, S.A. *European Air Transport – Société de droit allemand European Air Transport Leipzig GmbH*.

1730 CE (Belgique), 12 octobre 2018, n° 242.638, S.A. *European Air Transport – Société de droit allemand European Air Transport Leipzig GmbH*.

1731 CE (Belgique), 28 février 2018, n° 240.831, *Majon et SPRL Centre dentaire Meiser*.

2 - La Cour de justice des Communautés européennes a écarté le principe selon lequel l'intérêt ne s'apprécie qu'au regard des conclusions et non des moyens.

904. Exigence d'un intérêt au moyen en contentieux européen. Contrairement à la cristallisation des moyens¹⁷³², le principe de l'intérêt au moyen est également admis dans le contentieux de l'annulation devant les juridictions de l'Union européenne. La Cour considère qu'un requérant individuel « *n'est pas habilité à agir dans l'intérêt de la loi ou des institutions et ne peut faire valoir, à l'appui d'un recours en annulation (...) que les griefs qui lui sont personnels* »¹⁷³³. Cette position semble avoir été explicitement arrêtée à l'occasion de l'affaire *Marcato c/ Commission* de 1973¹⁷³⁴. Dans ses conclusions, l'avocat général Henri Mayras s'était cependant opposé à sa reconnaissance. Dans cette espèce, le requérant demandait l'annulation d'un avis de concours auquel il n'avait pas été admis en faisant valoir que cet avis était illégal dès lors qu'il n'avait pas été indiqué de limite d'âge pour y participer. La commission soutenait qu'un tel moyen était irrecevable, faute pour le requérant d'y avoir intérêt dans la mesure où les différentes limites d'âge envisageables auraient eu pour effet soit de permettre à tous les candidats de participer au concours, soit d'exclure la participation du requérant. L'avocat général Mayras avait estimé que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la commission devait être écartée : « *l'intérêt à demander l'annulation d'un acte administratif, ne peut s'apprécier que par rapport aux conclusions de la requête, non par rapport aux moyens invoqués. (...) Un candidat non admis à concourir a incontestablement intérêt à contester les opérations du concours dont il estime avoir été illégalement écarté. Il ne peut être déclaré irrecevable à invoquer un moyen de légalité, quel qu'il soit, car l'objet même de son recours est d'obtenir que cette légalité soit respectée ; et c'est la mission du juge d'assurer ce respect* »¹⁷³⁵. Ce raisonnement, en tout point semblable à celui que retient le Conseil d'État français, dont l'avocat général avait été membre, envisageait le recours en annulation prévu par les traités comme un recours strictement objectif, dans la tradition classique du recours pour excès de pouvoir. La Cour ne l'a pas suivi et a jugé le moyen irrecevable pour défaut d'intérêt en le chef du requérant. Ce faisant, elle a éloigné le recours en annulation de la logique juridique française pour le rapprocher de celle du droit administratif allemand.

1732 En ce sens, v. TPICE, 29 juin 1995, aff. T-32/91, *Solvay/Commission* § 40 et CJCE, 6 avril 2000, aff. C-287/95 et 288/95, *Commission des Communautés européennes contre Solvay SA*, §§ 31, 73 et 74.

1733 CJCE, 30 juin 1983, aff. 85/82, *Bernhard Schloh c/ Conseil des Communautés européennes*.

1734 CJCE, 15 mars 1973, aff. 37/72, *Marcato*.

1735 Henri MAYRAS, concl. sur CJCE, 15 mars 1973, aff. 37/72, *Marcato*, p. 374.

905. Comme en droit administratif belge, l'intérêt à soulever un moyen est apprécié selon des critères semblables à ceux qui gouvernent l'examen de l'intérêt à agir. Le défendeur peut ainsi exciper de l'irrecevabilité d'un moyen que le requérant n'a pas intérêt à soulever faute de subir un grief. La Cour en a notamment déduit qu'un requérant ne pouvait tirer argument, au soutien d'un recours dirigé contre le refus de sa candidature à un poste, du défaut de communication au personnel de l'avis de vacance de ce poste, dès lors qu'il avait bénéficié d'une information suffisante pour présenter sa candidature dans le délai¹⁷³⁶. Il est envisageable, dans le même sens, qu'un requérant ne puisse invoquer le caractère discriminatoire d'une mesure dont il a bénéficié¹⁷³⁷. La doctrine souligne que cette irrecevabilité n'est admise que rarement et qu'elle ne s'oppose notamment pas à ce qu'un requérant invoque un moyen tiré de la méconnaissance de la répartition des pouvoirs au sein de l'Union ou de la violation d'une procédure substantielle, dans la mesure où ces règles ont pour objet d'assurer la protection des individus¹⁷³⁸.

906. Compatibilité des règles nationales relatives à l'intérêt au moyen avec le droit de l'Union. La Cour de justice de l'Union, qui exige l'existence d'un intérêt au moyen dans l'enceinte de son prétoire, admet de manière logique et sur le fondement du principe d'autonomie procédurale qu'une telle condition régisse la procédure juridictionnelle au sein des États membres. Elle reconnaît ainsi que les États sont habilités « à prévoir que l'annulation d'une décision administrative par la juridiction compétente requiert la violation d'un droit subjectif dans le chef du requérant »¹⁷³⁹.

907. La marge de manœuvre des États peut toutefois s'incliner face aux exigences de l'effectivité du droit de l'Union européenne, ce qu'illustre l'exemple du droit européen de l'environnement. Succédant à la directive 85/337 du Conseil, la directive 2011/92 du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, impose aux États l'adoption de certains principes procéduraux dont la Cour a déduit que les règles ayant pour effet de conditionner l'invocabilité des moyens par un requérant à l'existence d'une lésion de ses droits subjectifs ou de ses intérêts ne s'appliquaient pas aux associations de défense de l'environnement.

1736 Aff. 85/82, *Bernhard Schloh c/ Conseil des Communautés européennes.*, §§ 13-14.

1737 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural law*, Oxford University Press, 2014, p. 364, n° 7.144, note n° 567.

1738 *Ibid.* ; v., par ex., CJCE, 29 octobre 1980, aff. 138/79, *SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes.*

1739 CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-137/14, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, § 32.

908. L'article 11 de la directive de 2011 reprend l'article 10 bis de la directive de 1985 et prévoit qu'il appartient aux États membres de permettre, « *conformément à leur cadre juridique en la matière* », aux membres du public concerné par un projet de former un recours devant une instance juridictionnelle à l'encontre des décisions relatives à la participation du public, dès lors qu'ils justifient d'un « *intérêt suffisant pour agir* » ou qu'ils font valoir « *une atteinte à un droit, lorsque le droit administratif procédural d'un État membre impose une telle condition* ». Il est prévu que les États doivent déterminer « *ce qui constitue un intérêt suffisant pour agir ou une atteinte à un droit, en conformité avec l'objectif visant à donner au public concerné un large accès à la justice* ». Dans cette perspective, le texte favorise l'exercice du recours par les organisations non gouvernementales de défense de l'environnement, en posant pour principe que leur intérêt est réputé suffisant et qu'elles sont également « *réputées bénéficier de droits susceptibles de faire l'objet d'une atteinte* ».

909. Par un arrêt de 2011, la Cour a prolongé la logique de ces dispositions, qui concernent la recevabilité du recours, au stade de l'examen de leur bien-fondé et de l'invocabilité des moyens. Elle a jugé que, « *s'il est loisible au législateur national de limiter les droits dont la violation peut être invoquée par un particulier dans le cadre d'un recours juridictionnel contre l'un des décisions, actes ou omissions visés à l'article 10 bis de la directive 85/337, aux seuls droits subjectifs publics, une telle limitation ne peut s'appliquer telle quelle aux associations de défense de l'environnement sauf à méconnaître les objectifs de l'article 10 bis, troisième alinéa, dernière phrase, de la directive 85/337* »¹⁷⁴⁰. La Cour estime qu'il serait contraire à l'objectif d'assurer un large accès à la justice que les associations, qui « *doivent pouvoir faire valoir les mêmes droits que les particuliers (...) ne puissent également faire valoir l'atteinte à des normes issues du droit de l'Union de l'environnement au seul motif que celles-ci protègent des intérêts collectifs* »¹⁷⁴¹. Il résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour que les associations de défense de l'environnement, étant réputées bénéficier de droits ou d'un intérêt susceptibles d'être atteints par les décisions relevant du champ de la directive, peuvent contester ces décisions sans avoir à justifier d'un intérêt au moyen résultant d'une quelconque lésion. La Cour souligne ainsi que les dispositions aujourd'hui inscrites dans l'article 11 de la directive 2011/92 « *doi[vent] être lu[es] en ce sens que, au nombre des «droits susceptibles de faire l'objet d'une atteinte», dont les associations de défense de l'environnement sont réputées bénéficier, doivent nécessairement figurer les règles du droit national qui mettent en œuvre la*

¹⁷⁴⁰ CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen Ev*, § 45.

¹⁷⁴¹ *Id.*, § 46.

législation de l'Union en matière d'environnement, ainsi que les règles du droit de l'Union de l'environnement d'effet direct »¹⁷⁴².

910. Perçue comme un moyen de renforcer la stabilité des actes et situations juridiques tout en recentrant le contrôle de légalité sur les intérêts légitimes des requérants, l'exigence d'un intérêt au moyen a connu un certain développement en contentieux administratif interne.

§ 2 - Le développement de l'intérêt au moyen en droit interne sous l'influence de l'exigence de stabilité des situations juridiques

911. Le renforcement des attentes de stabilité est à l'origine de l'émergence de règles contentieuses relatives à l'intérêt au moyen. Cette exigence s'est ainsi largement développée dans le plein contentieux contractuel, à la faveur du puissant phénomène de restructuration amorcé à la fin des années 2000 (A). Peu compatible avec le contentieux de l'excès de pouvoir, elle y est néanmoins apparue discrètement (B).

A - La consécration de l'exigence d'un intérêt au moyen en plein contentieux

912. L'exigence d'un intérêt au moyen s'est généralisée progressivement, et s'impose désormais dans toutes les voies de droit ouvertes en matière contractuelle devant le juge administratif (1). Cette généralisation s'inscrit dans une politique jurisprudentielle dont l'objectif revendiqué par le juge est d'assurer la stabilité des contrats publics (2).

1 - La généralisation progressive de l'exigence de l'intérêt au moyen dans le contentieux contractuel

913. Recours *Tropic*. À partir de la seconde moitié des années 2000, le Conseil d'État a amorcé un processus de rénovation du contentieux contractuel qui s'est d'abord traduit, en ce qui concerne les recours des tiers, par une réduction du champ de l'excès de pouvoir au profit du contentieux de pleine juridiction. La décision *Société Tropic Travaux* de 2007 a ainsi marqué le début de cette évolution en instituant au bénéfice des concurrents évincés un recours direct devant le juge du contrat, en lieu et place du recours pour excès de pouvoir qu'ils pouvaient exercer contre les actes détachables.

914. Maintien du principe de liberté des moyens. Ce « *changement de paradigme contentieux* »¹⁷⁴³ n'avait alors pas impliqué l'abandon de tous les principes qui régissaient les

¹⁷⁴² *Id.*, § 48.

¹⁷⁴³ Élise LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *Jcp A* 2014, n° 47, étude 2330.

recours des tiers lorsqu'ils relevaient de l'excès de pouvoir : la recevabilité *ratione personae* du recours demeurait, en effet, gouvernée par une logique objective fondée sur la prise en compte de la qualité du requérant, laquelle perdurait également au niveau des moyens invocables. À la différence de la procédure du référé précontractuel, dans laquelle le requérant n'a jamais pu invoquer que les moyens tirés de la méconnaissance des règles de la commande publique, le recours *Tropic* n'admettait aucune restriction des moyens recevables. Par leur silence sur cette question, les conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas témoignent d'ailleurs de ce que le juge administratif n'a pas envisagé, lors du transfert du recours des concurrents évincés vers le plein contentieux, de limiter les moyens qu'ils pourraient invoquer par un filtrage subjectif, ce qui souligne bien que la logique de l'intérêt au moyen demeurait encore étrangère au contentieux administratif français. Au demeurant, même après l'émergence d'une telle condition de recevabilité dans la procédure du référé précontractuel, le Conseil d'État a entendu maintenir le « *caractère objectif* »¹⁷⁴⁴ du recours *Tropic*, ainsi qu'il l'a affirmé dans l'avis *Société Gouelle* de 2012, qui rappelait qu'« *à l'appui de son recours en contestation de la validité du contrat, mais aussi de ses conclusions indemnitaires présentées à titre accessoire ou complémentaire, le concurrent évincé peut invoquer tout moyen* »¹⁷⁴⁵.

915. Liberté des moyens en référé précontractuel. C'est en 2008, dans le cadre du référé précontractuel qu'a été consacré pour la première fois le principe d'un filtrage subjectif des moyens invocables¹⁷⁴⁶. Dans cette procédure d'urgence prévue à l'article L. 551-1 du CJA, le requérant était déjà confronté à un filtrage matériel et objectif des moyens découlant de la fonction même de ce recours : « *assurer le respect effectif des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs* »¹⁷⁴⁷. Si les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 551-1¹⁷⁴⁸, qui désignaient comme habilitées à agir les personnes « *qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par [le manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence]* », paraissaient « *donner de l'intérêt à agir une définition plus restrictive que celle qui vaut en excès de*

1744 Paul CASSIA, obs. sur CE, ass., 4 avril 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, in Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 8^e ed., n° 12, p. 246.

1745 CE, avis, 11 avril 2012, n° 355446, *Société Gouelle*, AJDA 2012, p. 1109, note Paul CASSIA.

1746 Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse dact., 2017, p. 212.

1747 Gilles PELLISSIER, *id.*

1748 Héritées de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, transposant la directive 89/655/CEE du 21 décembre 1989 relative aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics, et aujourd'hui reprises à l'article L. 551-10 du CJA.

pouvoir, et inciter en particulier le juge à en apprécier la réalité au vu des moyens invoqués »¹⁷⁴⁹, le Conseil d'État avait retenu sur ce dernier point une interprétation plus libérale. En effet, il admettait « *qu'une entreprise candidate à l'obtention d'un marché [pouvait] invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement (...), même s'il n'[avait] pas été commis à son détriment* »¹⁷⁵⁰. Conforme au principe classique du contentieux de la légalité selon lequel l'intérêt à agir est apprécié par rapport aux conclusions du requérant, cette interprétation impliquait une « *très large recevabilité des moyens* »¹⁷⁵¹, qui pouvait présenter l'avantage de contraindre les pouvoirs adjudicateurs à veiller attentivement au respect des règles de passation. Conjuguée au nombre et à la subtilité de ces règles, elle impliquait cependant un renforcement du risque de recours et de sanction contentieuse, regretté par certains auteurs¹⁷⁵². Le Conseil d'État, dans son rapport de 2008 consacré au contrat comme mode d'action publique, avait également relevé que le « *formalisme exigé par le droit communautaire et par le droit national en matière de publicité débouch[ait] souvent sur des annulations de contrats pour des vices de pure forme, qui sont en réalité sans aucune incidence sur le contrat* »¹⁷⁵³.

916. Jurisprudence SMIRGEOMES – exigence d'un intérêt au moyen déduite de l'article L. 551-1 CJA. C'est par la décision de section *SMIRGEOMES* du 3 octobre 2008¹⁷⁵⁴ qu'il a abandonné sa conception legaliste du référé précontractuel, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand Dacosta. Celui-ci avait souligné qu'elle ne résultait d'aucun texte, notamment pas des directives « recours » européennes, et conduisait à « *neutraliser une condition prévue par le législateur* ». Il avait également soutenu que le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie par rapport aux conclusions et non aux moyens n'avait pas vocation à régir la procédure du référé précontractuel, qui « *n'est pas le procès fait un à un acte, comme l'est le recours pour excès de pouvoir* » et dont le « *seul objet est de faire cesser des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

1749 Jacques-Henri STAHL, Didier CHAUVVAUX, « Régime du référé précontractuel », *AJDA* 1995, p. 888.

1750 CE, 19 octobre 2001, n° 233173, *Société Alsthom Transport SA*, rec. T. p. 1038.

1751 Gilles PELLISSIER, *id.*

1752 Gabriel ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 240, qui déplorait que le Conseil d'État ait jugé qu'une entreprise était fondée à agir sans examiner si le manquement aux règles de passation allégué l'avait effectivement lésée. V. également François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Référé précontractuel : le revers de la médaille », *Contrats et marchés publics* 2007, n° 1, repère 1, évoquant une « *instrumentalisation* » de cette voie de droit « *confinant au déraisonnable* ».

1753 Conseil d'État, rapport *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *EDCE* 2008, p. 271.

1754 CE, sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES*, rec. p. 324, *RFDA* 2008, p. 1128 concl. Bertrand DACOSTA ; *AJDA* 2008, p. 2161, chron. Edouard GEFFRAY et Sophie-Justine LIEBER ; p. 2374 étude Paul CASSIA ; *LPA* 24 avril 2009, n° 82, p. 5, comm. Gilles PELLISSIER.

Ces arguments ont été entendus par la section du contentieux : rappelant que les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements d'un pouvoir adjudicateur à ses obligations sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par ces manquements, elle indique dans sa décision qu'« *il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Si ce revirement de jurisprudence pouvait sembler peu surprenant, au regard du contexte dans lequel il est intervenu, la dérogation qu'il a apportée à « *un principe fondateur du contentieux administratif* »¹⁷⁵⁵ demeure remarquable. Tandis que le juge estimait jusqu'alors qu'une entreprise pouvait être lésée par tout manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence, l'arrêt *SMIRGEOMES* introduit une condition d'invocabilité des moyens tenant à la lésion causée au requérant par l'irrégularité dénoncée. Il en résulte que le référé précontractuel ne peut désormais plus être envisagé comme un recours objectif visant à garantir le respect général de la légalité et des règles de la passation des contrats publics, mais comme un recours subjectif institué afin de protéger les intérêts des candidats à l'attribution d'un contrat et de veiller au bon déroulement du jeu de la concurrence.

917. Liberté des moyens dans le contentieux des parties. Après cette première avancée, réalisée à la faveur de la lettre de l'article L. 551-1 du CJA, c'est dans le contentieux des parties que le juge a, par la voie jurisprudentielle, développé l'exigence d'un intérêt au moyen. Jusqu'en 2009, l'action en nullité ouverte aux parties devant le juge du contrat était caractérisée à la fois par une approche très ouverte des moyens invocables et par une conception rigoureuse des conséquences du constat d'une irrégularité : s'il était permis aux parties de faire valoir toute irrégularité, par voie d'action ou d'exception, l'identification de l'illégalité du contrat impliquait mécaniquement le constat par le juge de sa nullité. Ce raisonnement reposant sur une alternative entre la légalité ou la nullité du contrat rapprochait techniquement l'office du juge du contrat de celui de l'excès de pouvoir¹⁷⁵⁶, à une importante différence près : la nullité du contrat étant d'ordre public, il appartenait en toute hypothèse au juge administratif de la déclarer avant d'écarter le contrat pour régler le litige¹⁷⁵⁷. Certes, cette rigueur était tempérée par la limitation de l'ouverture du prétoire aux seules parties ainsi que

1755 Emmanuel GLASER, « 2005-2015 : 10 ans de bouleversement du droit des contrats – vers un nouvel équilibre entre légalité et sécurité juridique », *Revue Lamy Collectivités territoriales* n° 100.

1756 En ce sens, Bertrand SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, n° 3, p. 765.

1757 Emmanuel GLASER, « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010, p. 506.

par le nombre relativement faible des actions en nullité qu'elles intentaient en pratique. L'application de ces principes par les juridictions administratives dans le contentieux de l'exécution se prêtait toutefois au développement de « *stratégies contentieuses* »¹⁷⁵⁸ par certaines parties souhaitant, par exemple, se soustraire aux règles relatives à la responsabilité contractuelle, au bénéfice du régime de la responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle.

918. Jurisprudence *Béziers I* – exigence d'un intérêt au moyen fondée sur le principe de loyauté. Dans le mouvement initié par la décision *Tropic*, le Conseil d'État a entrepris une profonde redéfinition de l'office du juge du contrat, en transformant l'action en nullité ouverte aux parties en un nouveau recours en contestation de validité du contrat par sa décision *Commune de Béziers* de 2009¹⁷⁵⁹. Ce faisant, il s'est attaché à ôter au juge du contrat « *les habits du juge vétilleux de la légalité objective* »¹⁷⁶⁰ qu'il avait endossés dans le contentieux des parties. Suivant les conclusions du rapporteur public Emmanuel Glaser, il a dégagé une nouvelle condition de recevabilité des moyens fondée sur « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* ». Inspirée de l'adage *nemo auditur*, cette condition renoue avec une ancienne jurisprudence¹⁷⁶¹, tombée en désuétude dans les années 1960, qui empêchait les parties de se prévaloir d'irrégularités dont elles avaient eu connaissance. Elle s'oppose, dans le cadre du recours direct en contestation de validité, à ce qu'une partie fasse preuve de mauvaise foi en invoquant une irrégularité du contrat qu'elle a elle-même provoquée ou dont elle aurait toléré l'existence, afin de se délier des obligations consenties. L'exigence de loyauté se révèle encore plus contraignante dans le contentieux de l'exécution du contrat, dans la mesure où elle impose au juge de faire application du contrat et limite les moyens invocables à ceux qui sont d'ordre public. Le contrat ne peut donc être écarté que s'il est entaché d'un vice si grave qu'il implique son annulation et que le juge doit relever d'office. Appréciée bien plus étroitement que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, cette catégorie de vices se réduit désormais aux hypothèses d'illicéité du contenu même du contrat ou aux vices du consentement.

1758 Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Thémis, Puf, 2018, p. 161.

1759 CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 506, concl. Emmanuel GLASER, p. 519, comm. Dominique POUYAUD ; *AJDA* 2010, p. 142, chron. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI.

1760 Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, *id.*

1761 CE, 29 décembre 1920, *May-Bing*, rec. p. 1159.

919. Loyauté des parties et administrativité du contrat. L'exigence de loyauté constitue un fondement cohérent pour la limitation du champ des moyens invocables par les parties : elle renvoie en effet à la notion civiliste de bonne foi ainsi qu'à l'adage de droit international *pacta sunt servanda*, et se présente comme une exigence consubstantielle à toute relation contractuelle. Sa consécration par le juge administratif imprime un fort caractère subjectif au contentieux de la validité et de l'exécution des contrats : sous la réserve des vices d'ordre public, la recevabilité des moyens est en effet conditionnée par une analyse du comportement des cocontractants et de leurs intérêts, ce qui écarte la perspective d'un contrôle objectif de la légalité du contrat. L'obligation pour le juge du contrat de s'assurer que les moyens soulevés par les parties sont au nombre de ceux qu'elles peuvent invoquer devant lui, eu égard à cette exigence de loyauté, se justifie toutefois par des considérations qui dépassent la relation bilatérale des cocontractants, mises en lumière par les conclusions du rapporteur public. Si le contrat est bien la chose des parties, son caractère administratif implique en effet qu'il concerne également l'intérêt général. En empêchant que la mauvaise foi d'une partie puisse provoquer la fin d'une relation contractuelle dont l'exécution bénéficie à l'intérêt général, l'exigence subjective de loyauté est ainsi employée dans une finalité plus large de protection de la sécurité juridique et de la continuité de l'action publique¹⁷⁶².

920. En s'inscrivant « *dans la logique* »¹⁷⁶³ de la décision *SMIRGEOMES*, la décision *Commune de Béziers* soulignait l'émergence d'une politique jurisprudentielle plus large d'affaiblissement du principe de l'absence de restriction à l'invocabilité des moyens dans le contentieux contractuel. Certaines circonstances pouvaient limiter son déploiement : la restriction appliquée dans la procédure du référé précontractuel était en effet fondée sur un texte législatif, tandis que celle du contentieux des parties trouvait sa justification dans un principe fondamental de la *relation contractuelle* unissant les parties. La nature de l'exigence de loyauté en interdisait l'invocation dans d'autres contextes et en particulier dans le contentieux des tiers, qui n'entretiennent pas de rapport de loyauté réciproque avec les membres de la sphère contractuelle. La décision *Commune de Béziers* avait toutefois institué un état du droit dans lequel le juge du contrat saisi d'un recours en contestation de validité se montrait plus restrictif à l'égard des moyens invoqués par les parties que par les tiers, sous la réserve du référé précontractuel. Cette différenciation pouvait probablement se comprendre dans une perspective légaliste, eu égard à l'intérêt plus immédiat des concurrents évincés au

1762 Ana BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944

1763 Emmanuel GLASER, *id.*, *Revue Lamy Collectivités territoriales* n° 100.

respect de la légalité, ainsi qu'à la brièveté du délai de forclusion du recours *Tropic*. Elle n'apparaissait toutefois pas suffisamment justifiée au regard de l'orientation contemporaine du contentieux contractuel : en commentant la décision *Commune de Béziers*, les chroniqueurs du Conseil d'État avouaient ainsi qu'ils « *pein[aient] à trouver les raisons de l'exclusion d'un contrôle de même nature* »¹⁷⁶⁴ dans le recours des concurrents évincés, et estimaient qu'une évolution pouvait être envisagée par la jurisprudence.

921. Jurisprudence *Tarn-et-Garonne* – exigence d'un intérêt au moyen fondée sur la lésion. La décision d'assemblée *Département de Tarn-et-Garonne*¹⁷⁶⁵, qui généralise l'ouverture aux tiers du recours direct en contestation de validité devant le juge du contrat, a réalisé cette prévision en consacrant l'exigence d'un intérêt au moyen. Le Conseil d'État précise en effet, en ce qui concerne les tiers autres que le préfet ou les membres des organes délibérants, qu'ils « *ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* ». Bien que cette évolution s'inscrive dans le mouvement amorcé par la jurisprudence antérieure, elle s'en démarque sur le plan de la méthode dans la mesure où elle ne trouve pas de justification dans l'interprétation d'un texte, comme dans la décision *SMIRGEOMES*, ni dans l'évocation d'un principe applicable au contrat, comme dans la décision *Commune de Béziers*.

922. Nature du recours. Les conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta révèlent que la consécration de l'exigence d'un intérêt au moyen s'appuie moins sur une argumentation tirée de la spécificité de la situation des tiers que sur un rejet de la logique objective du contentieux de l'excès de pouvoir. Selon M. Dacosta, « *l'idée selon laquelle l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions de la demande, et non des moyens* » ne serait pas pleinement justifiée en plein contentieux dès lors que « *tout tiers dont l'intérêt est affecté à un point tel que le prétoire doive lui être ouvert n'en devient pas, ipso facto, le garant du respect* [du principe de légalité] ». C'est ainsi l'intégration des recours des tiers au sein du contentieux de pleine juridiction qui paraît avoir impliqué l'exigence d'un lien entre l'intérêt lésé du requérant et les moyens qu'il peut invoquer. La jurisprudence *Tropic-Société Gouelle* témoigne toutefois de ce que l'intégration d'un recours au sein du contentieux de pleine juridiction, même en matière contractuelle, n'appelle pas nécessairement de restriction

¹⁷⁶⁴ Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, *id.*

¹⁷⁶⁵ CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035, chron. Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI ; RFDA 2014, p. 425, concl. Bertrand DACOSTA, p. 438, note Pierre DELVOLVE ; RDP 2014, p. 1175, note Laetitia JANICOT et Jean-François LAFAIX ; AJCT 2014, p. 375, note Samuel DYENS.

des moyens invocables ni l'abandon d'une perspective objectiviste. La consécration de l'exigence d'un intérêt au moyen semble dès lors résulter plus directement d'un changement dans la conception de la fonction même du recours des tiers au contrat, qui n'est plus envisagé comme un mécanisme de contrôle de la légalité de l'activité contractuelle des personnes publiques, mais comme un moyen de défense des intérêts subjectifs des requérants¹⁷⁶⁶. Cette subjectivisation du recours des tiers ne rencontre que deux « *tempéraments* »¹⁷⁶⁷. Le premier résulte du régime des moyens d'ordre public, qui permet encore aux requérants de s'en prévaloir sans devoir établir un lien avec l'intérêt lésé leur donnant qualité à agir. Le second tient au statut privilégié du préfet et des membres des organes délibérants, qui peuvent invoquer tout moyen dès lors que leur action est réputée répondre à l'intérêt de la légalité.

923. La subjectivisation du recours des tiers impliquée par l'exigence d'un lien entre l'intérêt lésé donnant qualité à agir et les moyens invocables ressort désormais nettement de la jurisprudence, comme l'illustre le cas du requérant agissant en qualité de concurrent évincé. Alors qu'il pouvait invoquer tout moyen sous l'empire de la jurisprudence *Tropic*, le Conseil d'État a jugé dans la décision *Syndicat mixte Hérault Transport* que « *le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction* »¹⁷⁶⁸. Des précisions ont également été apportées par la décision *Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V.*, qui indique « *qu'au titre de tels manquements, le concurrent évincé peut contester la décision par laquelle son offre a été écartée comme irrégulière* », mais « *qu'un candidat dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait en revanche soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres* »¹⁷⁶⁹.

924. Irrecevabilité subjective des moyens faute d'intérêt pour le requérant. À travers les exigences de la lésion causée par le manquement allégué, de la loyauté dans le contentieux des parties ou du rapport direct entre le manquement invoqué par un tiers et l'intérêt lésé lui

1766 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn et Garonne* », *RDJ* 2014, p. 1198.

1767 Bertrand DACOSTA, *id.*

1768 CE, sect., 5 février 2016, n° 383149, *Syndicat mixte des transports en commun « Hérault Transport »*, *RFDA* 2016, p. 301, concl. Olivier HENRARD.

1769 CE, 9 novembre 2018, n° 420654, *Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V.*, *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 29, act. Bertrand SEILLER.

donnant qualité à agir, la condition procédurale de l'intérêt au moyen s'est finalement propagée à l'ensemble du contentieux administratif des contrats en moins d'une décennie. Dans cette matière, cette généralisation a ainsi renversé les principes gouvernant l'invocabilité des moyens en contentieux administratif, les configurations dans lesquelles le requérant n'est confronté à aucune limite étant devenues minoritaires alors qu'elles se réduisaient traditionnellement aux suites de la jurisprudence *Bergeon*. Si des termes spécifiques sont employés dans les différentes hypothèses, le filtrage subjectif des moyens invocables repose sur la mise en œuvre d'une même technique contentieuse. Certains auteurs l'identifient comme un cas d'inopérance des moyens, tandis que d'autres la rattachent plutôt à l'irrecevabilité. Le Conseil d'État, en indiquant que des moyens sans rapport avec l'intérêt lésé dont le tiers se prévaut ne peuvent être « *utilement soulevés* », paraît souscrire à la thèse de l'inopérance¹⁷⁷⁰, qui présente la commodité d'impliquer un régime plus souple pour le rejet des moyens. Les conclusions de Bertrand Dacosta sur la décision *Tarn-et-Garonne* allaient d'ailleurs dans ce sens, en proposant que « *le recours en contestation de la validité du contrat [soit] soumis à un double filtre, au stade de l'intérêt à agir et au stade de l'opérance des moyens* »¹⁷⁷¹. Des arguments théoriques plaident toutefois en faveur d'un rattachement à la technique de l'irrecevabilité¹⁷⁷². Les moyens inopérants sont en effet définis par le professeur René Chapus comme ceux qui « *même s'ils sont recevables et fondés, sont insusceptibles d'exercer une influence sur la solution du litige* »¹⁷⁷³. Or les moyens écartés sur le fondement des jurisprudences *SMIRGEOMES*, *Commune de Béziers* et *Département de Tarn-et-Garonne* ne correspondent pas à cette définition : ils sont plutôt « *désamorçés par le juge du contrat* » qui « *va intentionnellement dénier toute utilité à leur invocation* »¹⁷⁷⁴. C'est par ailleurs à l'irrecevabilité que le professeur Chapus liait la jurisprudence *Bergeon* selon laquelle les membres d'un organe délibérant ne pouvaient invoquer que des moyens tirés de la méconnaissance de leurs prérogatives¹⁷⁷⁵. La jurisprudence restreignant les moyens invocables en plein contentieux contractuel apparaissant comme son héritière, il serait cohérent de la considérer également comme une cause d'irrecevabilité des moyens. Il semble adéquat de qualifier une telle irrecevabilité de « *subjective* », ainsi que le proposent le professeur Elise

1770 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA* 2016, p. 479.

1771 Bertrand DACOSTA, *id.*

1772 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

1773 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 810.

1774 Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, *op. cit.*, p. 217.

1775 René CHAPUS, *id.*, p. 809.

Langelier¹⁷⁷⁶ et Mme Stéphanie Douteaud¹⁷⁷⁷, par distinction des irrecevabilités plus traditionnelles et objectives tirées de l'expiration du délai de recours ou de la compétence du juge administratif.

925. La généralisation de cette exigence s'inscrit dans une politique jurisprudentielle de protection de la stabilité des contrats de l'administration¹⁷⁷⁸.

2 - Une généralisation justifiée par l'objectif de stabilité des contrats publics

926. Bien qu'elle traverse aujourd'hui l'ensemble des voies de droit ouvertes devant le juge administratif du contrat, l'exigence d'un intérêt subjectif au moyen ne s'y est pas développée de manière uniforme et immédiate mais par étapes, comme une réponse aux préoccupations différentes de chaque recours. Sa généralisation apparaît ainsi comme la conséquence du rapprochement d'un faisceau de solutions retenues en référé, puis dans le recours en contestation de validité ouvert aux parties et, enfin, dans les recours au fond ouverts aux tiers. Selon les configurations, les fondements variables attribués à la condition de l'intérêt au moyen peuvent la faire apparaître comme un particularisme partagé par les différentes procédures en raison de motifs qui leurs sont propres. Malgré cette diversité apparente, il est évident que le développement de l'exigence d'un intérêt au moyen poursuit de manière systématique l'objectif du renforcement de la stabilité des contrats administratifs¹⁷⁷⁹.

927. Politique jurisprudentielle de stabilisation du contrat administratif. Le droit administratif retient de manière traditionnelle l'idée selon laquelle les contrats administratifs doivent être stables, c'est-à-dire se maintenir et être exécutés jusqu'à leur terme, si besoin en résistant face aux forces du changement. Ce principe de stabilité s'explique, d'une part et du point de vue des parties, par leur caractère d'engagement contractuel : tout contrat est « *un acte de prévision et d'anticipation sur l'avenir* »¹⁷⁸⁰, qui oblige les cocontractants à accomplir le moment venu ce que l'un attend de l'autre. Il se justifie, d'autre part et du point de vue de l'administration et des tiers, par leur caractère administratif, qui découle de l'intérêt général qu'ils portent en eux en tant qu'instruments de l'action publique : la satisfaction des objectifs

1776 Elise LANGELIER, « Les moyens invocables devant les juges du contrat », *Revue juridique de l'Ouest* 2014-3, pp. 70-71.

1777 Stéphanie DOUTEAUD, *id.*, p. 96.

1778 Emmanuel GLASER, « 2005-2015 : 10 ans de bouleversement du droit des contrats – vers un nouvel équilibre entre légalité et sécurité juridique », *Revue Lamy Collectivités territoriales* n° 100.

1779 Lucien RAPP, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publics*, 2008, 7.

1780 Marion UBAUD-BERGERON, « Sécurité juridique et contrats administratifs », *RDP* 2016, p. 779.

d'intérêt général que poursuit la personne publique commande ainsi que le contrat soit exécuté pendant la durée convenue. En tant que garantie de continuité du service public, la stabilité du contrat se retrouve au fondement de plusieurs solutions très classiques de la jurisprudence administrative, qui se traduisent par le maintien du contrat lors de la survenance de circonstances imprévues au moment de sa conclusion. Elle constitue également l'objectif d'une politique jurisprudentielle très puissante de la période contemporaine, amplifiée par l'essor des préoccupations de sécurité juridique. En évoquant « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* », qui est « *un corollaire du principe de sécurité juridique* »¹⁷⁸¹, la décision *Commune de Béziers* a mis en évidence que ces exigences inspiraient notamment l'évolution de l'office du juge et de son rapport à la légalité en matière contractuelle. Dans ce contexte, l'association classiquement faite par le juge entre la satisfaction de l'intérêt général et la stabilité du contrat l'a amené à augmenter son degré de tolérance des irrégularités pouvant affecter cet acte.

928. Cette politique a d'abord justifié l'enrichissement de la palette de sanctions à la disposition du juge du contrat, apporté par la décision *Tropic* dans une logique assez proche de celle de la jurisprudence *Association AC*. La recherche d'une proportionnalité entre l'irrégularité constatée et la sanction choisie par le juge du contrat permettait ainsi de réaliser un équilibre entre la protection de la légalité objective et la sécurité juridique du contrat. Cet équilibre était alors apprécié par le juge au regard de l'intérêt général, mais également des « *droits des cocontractants* », qu'il s'agissait de protéger des causes d'instabilité exogènes. Les conclusions de Didier Casas présentent à cet égard le développement des pouvoirs du juge comme une condition nécessaire pour faire du recours *Tropic* « *un instrument efficace, permettant aux tiers de contester la validité du contrat pour faire valoir leurs droits, tout en garantissant du mieux possible les droits des parties* »¹⁷⁸². Afin d'atteindre un degré de proportionnalité plus précis entre la sanction et l'irrégularité, la jurisprudence ultérieure a complété de manière systématique cette extension des pouvoirs du juge du contrat par la limitation subjective des moyens invocables par les demandeurs.

929. Stabilisation par la limitation des moyens invocables en référé. Dans le prolongement de la logique de la jurisprudence *Tropic*, la limitation des moyens des tiers est apparue, à travers la décision *SMIRGEOMES*, comme un mécanisme de protection de la

1781 Bertrand SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDJ* 2016, p. 765.

1782 Didier CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », *RFDA* 2007, p. 696.

sphère contractuelle à l'encontre des perturbations extérieures. Bien qu'elle concerne la procédure du référé précontractuel, qui ne porte donc pas directement sur le contrat lui-même, c'est en effet dans une perspective globale de renforcement de la « *sécurité de la commande publique* »¹⁷⁸³ qu'elle a soumis l'invocabilité des moyens à l'existence d'une lésion. Afin de convaincre la section du contentieux de la nécessité d'un filtrage des moyens, les conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta insistent d'ailleurs sur les conséquences déstabilisatrices pour l'action publique de l'annulation d'une procédure de passation : « *Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux pour la réfection d'un ouvrage public, le retard peut n'avoir d'autre incidence, si l'on peut dire, qu'un surcoût pour la collectivité. Mais lorsqu'est en cause le renouvellement d'un affermage ou d'une concession, le principe de continuité du service public peut placer l'autorité déléguée – et la population concernée – dans une situation pour le moins inconfortable* »¹⁷⁸⁴.

930. Stabilisation du contrat par la limitation des moyens des parties. La décision *Commune de Béziers* évoque quant à elle explicitement « *l'objectif de stabilité des relations contractuelles* », le Conseil d'État indiquant qu'il doit être pris en compte par le juge du contrat saisi par voie d'action au moment du choix de la sanction de l'irrégularité constatée. Bien que la motivation de cette décision n'établisse, en revanche, pas de lien direct entre la restriction des moyens fondée sur l'exigence de loyauté des relations contractuelles et l'idée de stabilité du contrat, celui-ci apparaît très clairement à la lumière des conclusions du rapporteur public. La limitation des moyens y est présentée comme une technique de protection du contrat administratif contre des tentatives déloyales de remise en cause pouvant être initiées par les parties. Au nom de l'intérêt général qui s'attache au maintien du contrat et à travers l'exigence de loyauté, qui vise à satisfaire l'objectif de stabilité des relations contractuelles¹⁷⁸⁵, le Conseil d'État a ainsi admis de transposer la technique de l'encadrement subjectif des moyens, née dans le contentieux de l'urgence ouvert aux tiers, au sein du contentieux *inter partes*.

1783 Edouard GEFFRAY, Sophie-Justine LIEBER, « Référé précontractuel : une bouffée d'oxygène ? », *AJDA* 2008, p. 2161.

1784 Bertrand DACOSTA, « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », concl. sur CE, sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES*, *RFDA* 2008, p. 1128.

1785 Ana BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944 ; Emilie CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *Jcp A* 2012, n° 50, étude 2392 ; Laure MARGUERY, « La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012 p. 663.

931. Stabilisation du contrat par la limitation des moyens des tiers. La restriction des moyens invocables par les tiers résultant de la décision *Département de Tarn-et-Garonne* découle elle aussi d'un arbitrage entre le principe de légalité et l'objectif de stabilité des relations contractuelles¹⁷⁸⁶, qui est perceptible dans les conclusions de Bertrand Dacosta. Cette limitation des moyens s'inscrit à la rencontre des décisions *SMIRGEOMES* et *Commune de Béziers*. De la première, elle reprend l'esprit général : « *cette subjectivisation a été conçue comme un moyen de rassurer les parties et d'assurer une meilleure stabilité des relations contractuelles* »¹⁷⁸⁷, le « *verrou* »¹⁷⁸⁸ placé sur l'invocabilité des moyens constituant une « *contrepartie* »¹⁷⁸⁹ de l'ouverture du prétoire du juge du contrat à l'ensemble des tiers¹⁷⁹⁰. Elle s'inspire de la seconde en ce qu'elle permet encore la sanction des vices les plus graves, tenant à l'illicéité du contenu du contrat ou à l'irrégularité des conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement.

932. Les différents mécanismes restreignant les moyens invocables par les parties comme par les tiers trouvent ainsi une inspiration commune dans l'objectif de stabilité du contrat que le juge s'est assigné. Le caractère global de leur développement confirme que la condition d'intérêt au moyen qu'ils déclinent ne se réduit pas à une technique de protection de la sphère contractuelle contre les atteintes initiées par les tiers : elle répond plus largement à l'idée selon laquelle le maintien du contrat est une exigence d'intérêt général qui justifie d'en privilégier l'exécution et d'en tolérer les irrégularités. Ces procédés contribuent au « *mouvement de subjectivisation du contentieux contractuel* »¹⁷⁹¹ contemporain, qui favorise lui-même le maintien du contrat en limitant, en fonction du requérant, le nombre des irrégularités pouvant entraîner sa remise en cause. Institués afin de sécuriser le contrat, ils constituent indéniablement une « *technique stabilisatrice puissamment efficace* »¹⁷⁹². Le juge devant, d'une part, les mettre en œuvre dans le cadre de son office, et pouvant, d'autre part, les combiner aux autres techniques de filtrage de l'invocabilité des moyens classiquement

1786 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014, p. 1035.

1787 Charles-André DUBREUIL, « Droit des contrats administratifs », PUF, 2018, p. 491.

1788 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

1789 Jean-Charles ROTOULLIE, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094 ; Samuel DYENS, « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », *AJCT* 2014, p. 375.

1790 Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, *id.*

1791 Jean-Charles ROTOULLIE, *id.*

1792 Stéphanie DOUTEAUD, *op. cit.*, p. 261.

reconnus en contentieux administratif général, ils présentent un fort potentiel de stabilisation des contrats¹⁷⁹³.

933. Efficacité. La pratique l'a, au demeurant, confirmé. Dressant un bilan de dix années d'application de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, Bertrand Dacosta constatait ainsi une diminution significative du taux de succès des référés précontractuels¹⁷⁹⁴. Dans le contentieux des parties, qui ne prend que rarement la forme du recours par voie d'action et se noue majoritairement au cours de l'exécution du contrat, l'exigence de loyauté implique le plus souvent que le litige soit réglé sur le terrain contractuel en réduisant les moyens invocables à ceux qui sont tirés des vices les plus graves. Un bilan de cinq années d'applications de la jurisprudence *Commune de Béziers* a montré que « sur environ 160 affaires tranchées par les cours administratives d'appel ou le Conseil d'État, les parties demandant au juge que le contrat soit écarté en raison de son invalidité n'ont obtenu gain de cause que dans une quinzaine de cas, et pour les deux tiers en raison du caractère illicite du contenu du contrat »¹⁷⁹⁵. Enfin, la restriction des moyens invocables dans le contentieux des tiers paraît de nature à conférer une stabilité significative aux contrats¹⁷⁹⁶. Cette sécurisation s'effectue au détriment de l'effectivité du recours des tiers. Plus largement, le contrôle de la légalité de l'action contractuelle des personnes publiques, qui n'a pas vocation à être assuré par le recours des parties et qui n'est opéré que partiellement par les procédures d'urgence dont l'objet est restreint, se voit privé de son principal champ d'exercice.

934. Technique limitée au contentieux contractuel. Justifiée par l'objectif de stabilité des contrats, l'exigence d'un intérêt au moyen paraît devoir se limiter matériellement au champ du contentieux contractuel. L'argument fondateur de cette restriction n'est, en effet, pas immédiatement transposable à d'autres domaines. S'il est vrai que l'objectif de stabilité du contrat administratif répond à l'exigence générale de sécurité juridique, il résulte de considérations propres aux contrats administratifs qui, à la différence des actes unilatéraux, sont à la fois des instruments de l'action publique et des accords de volonté bilatéraux. La restriction subjective de la recevabilité des moyens trouve également une pertinence technique dans le contentieux contractuel en raison, d'une part, de son intégration au contentieux de pleine juridiction et, d'autre part, de l'affirmation de son caractère subjectif : le requérant

1793 *Ibid.*

1794 Bertrand DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », *AJDA* 2018, p. 2000.

1795 David MOREAU, « Cinq ans d'applications du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP* 2014, n° 723, étude 7, § 6.

1796 Jean-Charles ROTOULLIE, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094.

n'étant pas considéré comme un agent de la légalité objective, il paraît légitime de limiter les moyens qu'il peut faire valoir à ceux qui présentent, de son point de vue, un intérêt ; en outre, le juge du plein contentieux dispose d'une marge de manœuvre supérieure à l'égard des écritures des parties, qui lui permet de retenir une sanction plus sévère que celle que le requérant lui demande de prononcer¹⁷⁹⁷. Les conclusions de Bertrand Dacosta sur les décisions *SMIRGEOMES* et *Tarn-et-Garonne* se sont d'ailleurs appuyées sur l'argument de la distinction des contentieux contractuel et de l'excès de pouvoir pour ouvrir la voie à l'exigence d'un intérêt au moyen. Le rapporteur public, qui reconnaissait que le principe selon lequel tout moyen peut être invoqué « *trouve sa pleine justification dans le contentieux de l'excès de pouvoir, contentieux objectif de la légalité* », admettait que l'exigence d'un « *lien entre l'intérêt et les moyens* » n'avait « *pas vocation à essaimer en dehors du contentieux contractuel* »¹⁷⁹⁸.

935. Il n'en demeure pas moins que la décision *Département de Tarn-et-Garonne* marque le franchissement d'un « *pas intellectuel* »¹⁷⁹⁹ considérable par la jurisprudence, qui n'avait jusqu'alors que rarement écarté le principe de la liberté des moyens invocables. Il ne faut pas exclure que, dans d'autres domaines dans lesquels s'expriment de fortes attentes de stabilité, un chemin similaire soit un jour emprunté.

B - L'émergence d'un intérêt au moyen dans certaines matières relevant de l'excès de pouvoir

936. Si le juge administratif a admis que le contentieux de pleine juridiction se prêtait à une limitation subjective des moyens invocables, qu'il n'a pas hésité à développer par la voie jurisprudentielle, il se montre encore prudent quant à la transposition de cette logique dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Elle se limite encore aux domaines dans lesquels le législateur a tenu à l'imposer afin de renforcer la stabilité de certaines situations **(1)**. Il est souhaitable que l'exigence d'un lien entre l'intérêt à agir et les moyens recevables ne pénètre pas le domaine de l'excès de pouvoir, dont elle renierait la fonction traditionnelle et le caractère objectif **(2)**.

1797 CE, 9 juin 2021, n° 438047 et 438054, *Conseil national des barreaux*, DA 2021, n° 8-9, act. 118 Anne COURREGES.

1798 Bertrand DACOSTA, « De *Martin* à *Bonhomme*, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA* 2014, p. 425.

1799 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, p. 1198.

1 - Le développement partiel de l'exigence de l'intérêt au moyen dans le contentieux de l'urbanisme commercial

937. Article L. 600-1-4 du code de l'urbanisme. Le contentieux de l'urbanisme sert fréquemment de terrain d'expérimentation pour des solutions dérogatoires aux règles communes du contentieux administratif, et se montre très perméable aux préoccupations de stabilité des situations juridiques. Il n'est dès lors aucunement surprenant que ce soit dans cette branche du contentieux de l'excès de pouvoir qu'une nouvelle atténuation du principe de liberté des moyens puisse être constatée. Celle-ci ne résulte pas, comme en contentieux contractuel, de l'évolution de la jurisprudence, mais de la volonté du législateur. Elle concerne le cas spécifique des permis de construire de l'article L. 425-4 du code de l'urbanisme, valant autorisation d'exploitation commerciale (AEC). Issu de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises dite « loi Pinel », ce permis rassemble en un seul et même acte les deux décisions distinctes que constituaient auparavant le permis de construire et l'AEC. Afin « *d'éviter que le cumul des autorisations ne permette à un concurrent de se prévaloir à la fois de l'irrégularité de l'autorisation d'équipement commercial et de celle de l'autorisation de construire, alors qu'il était traditionnellement considéré comme n'ayant pas intérêt pour agir contre le permis de construire* »¹⁸⁰⁰, le législateur a institué un nouvel article L. 600-1-4 au sein du code de l'urbanisme. Il résulte de ses dispositions que les personnes mentionnées à l'article L. 752-17 du code de commerce ne peuvent saisir le juge de conclusions tendant à l'annulation d'un tel permis de construire « *qu'en tant qu'il tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale* », les moyens « *relatifs à la régularité de ce permis en tant qu'il vaut autorisation de construire* » étant « *irrecevables à l'appui de telles conclusions* ». Inversement, les personnes mentionnées à l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme ne peuvent saisir le juge que d'un recours tendant à l'annulation du permis « *en tant qu'il vaut autorisation de construire* », les moyens tirés de l'irrégularité de ce permis « *en tant qu'il tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale* » étant alors irrecevables.

938. Adoption. Absent du projet de loi, le principe d'un encadrement des moyens en fonction de la qualité du requérant avait initialement fait l'objet d'un amendement défendu par le député Laurent Grandguillaume au cours des débats à l'Assemblée nationale, auquel le ministre s'était opposé en faisant valoir que la limitation des moyens invocables

¹⁸⁰⁰ Rozen NOGUELLOU, « La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : évolution des règles sur l'urbanisme commercial et fonds de commerce sur le domaine public », *DA* 2014, n° 8-9, alerte 64 ; v. par ex. CE, 7 juillet 1995, n° 101500, *Carbo et Carre*, rec. T. p. 957.

« constituerait une atteinte au droit de recours » présentant « un fort risque de censure par le Conseil constitutionnel »¹⁸⁰¹. Une proposition de rédaction en ce sens a cependant été formulée et retenue au cours des travaux de la commission mixte paritaire. Selon la présentation faite lors du rapport au nom de la commission, cette proposition de rédaction poursuivait un objectif de « *coordination de la réforme de l'urbanisme commercial avec l'ordonnance du 18 juillet 2013 sur les recours abusifs* ». Le mécanisme du futur article L. 600-1-4 visait ainsi, selon M. Grandguillaume, à « *prévenir un risque de détournement du recours pour excès de pouvoir contre le nouveau permis* »¹⁸⁰². Adoptée par le parlement, la disposition n'a finalement pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité qui aurait permis d'écarter les réserves initialement émises par le gouvernement.

939. Irrecevabilité subjective des moyens. Une telle « *variation des moyens en fonction de l'intérêt à agir du demandeur* »¹⁸⁰³ inscrit le contentieux de l'excès de pouvoir dans une « *perspective proche* »¹⁸⁰⁴ de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* et du plein contentieux contractuel. La technique juridique employée semble être la même dès lors que le code de l'urbanisme indique que les moyens sont « *irrecevables* » et que la jurisprudence en matière contractuelle devrait être considérée comme reposant sur un mécanisme d'irrecevabilité subjective, plutôt que sur celui de l'inopérance. De même, le contenu des débats parlementaires paraît indiquer que l'encadrement des moyens invocables obéit à une logique de moralisation du recours, qui évoque l'esprit des évolutions jurisprudentielles en matière contractuelle.

940. Justifications circonstanciées. Comme en contentieux contractuel, l'alignement des moyens invocables sur l'intérêt donnant qualité à agir répond à des considérations spécifiques à la matière, qui tiennent notamment à la nature composite du nouveau permis de construire valant AEC. D'une part, il constitue une forme de prolongement contentieux du principe d'indépendance des législations¹⁸⁰⁵, dont la reproduction ne se justifierait pas à l'égard d'actes

1801 JORF Assemblée Nationale, 2^e séance du 13 février 2014, p. 1910.

1802 Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif au commerce, à l'artisanat et aux petites entreprises, n° 1966 AN et n° 556 Sénat, 21 mai 2014 (v. discussions sur l'art. 20 BA « *Coordination de la réforme de l'urbanisme commercial avec l'ordonnance du 18 juillet 2013 sur les recours abusifs* »).

1803 Pierre-Yves SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, p. 1378.

1804 Elise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, étude 2345.

1805 Pierre SOLER-COUTEAUX, « Sur les moyens susceptibles d'être articulés au soutien de conclusions d'annulation d'un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale », *RDI* 2017, p. 163.

relevant d'une législation unique. D'autre part, les travaux parlementaires soulignent que cette restriction visait à éviter que le souci de simplification qui animait le choix de fusionner deux autorisations au sein d'un seul acte ne se fut traduit par une augmentation de sa vulnérabilité contentieuse. Il apparaît donc que le mal que le filtrage des moyens recevables à l'encontre des permis AEC entendait prévenir est la conséquence d'une cause très particulière, et non d'une problématique dont la fréquence en contentieux de l'excès de pouvoir justifierait d'en développer l'usage.

941. Les motifs justifiant l'adoption de l'article L. 600-1-4 semblent ainsi pouvoir être rapprochés de ceux de l'évolution jurisprudentielle décidée par le Conseil d'État en matière contractuelle. La reproduction, en contentieux de l'excès de pouvoir, d'une technique de filtrage subjectif des moyens développée en contentieux contractuel contribue à la fois au renforcement de la spécificité du contentieux de l'urbanisme par rapport au droit commun de l'excès de pouvoir et au rapprochement de ce dernier avec le contentieux de pleine juridiction. En effet, malgré son champ d'application relativement limité, cette disposition paraît impliquer une relecture très importante de la fonction du recours pour excès de pouvoir et de l'action du requérant. La volonté parlementaire d'éviter un « *détournement du recours pour excès de pouvoir* » laisse entendre que l'invocation d'un moyen de légalité sans lien avec la qualité du requérant serait perçue comme une forme d'abus du droit au recours. La conception traditionnelle du recours pour excès de pouvoir, selon laquelle il constitue un mécanisme objectif qui « *a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* »¹⁸⁰⁶, pourrait être progressivement remise en cause par la multiplication de dispositifs visant à écarter le principe de liberté des moyens.

2 - Une généralisation incompatible avec le maintien du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir

942. Recours objectif. Le recours pour excès de pouvoir est classiquement présenté, en raison de son caractère objectif et du relatif effacement des parties, comme un « *procès fait à un acte* »¹⁸⁰⁷. Il s'agit, selon la formule célèbre du professeur Chapus, d'un recours « *d'utilité publique* »¹⁸⁰⁸ dont la fonction principale est de garantir, dans l'intérêt général, le respect de la légalité. Le caractère objectif de cette voie de droit dédiée au contrôle de la légalité des actes

1806 CE, ass., 17 février 1950, n° 86949, *Dame Lamotte*.

1807 Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^e ed., 1896, p. 561.

1808 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 230.

administratifs unilatéraux est à l'origine d'une série de solutions du contentieux administratif français.

943. Liberté des moyens en excès de pouvoir. Il explique ainsi la politique jurisprudentielle libérale d'appréciation large de l'intérêt à agir, l'existence de cette condition subjective se justifiant essentiellement par le refus du Conseil d'État d'ouvrir une action populaire contre les actes administratifs. Le principe selon lequel l'intérêt à agir est apprécié au regard des conclusions de la requête et le principe de liberté des moyens invocables qui en découle sont également des corollaires directs de l'objectivité qui définit le recours pour excès de pouvoir. Alors que l'existence d'une condition d'intérêt à agir atténuée quelque peu, au nom de préoccupations réalistes, la pureté objective du recours pour excès de pouvoir au stade de l'accès au prétoire, le principe de la liberté des moyens la rétablit au stade du déroulement de l'instance. La possibilité pour le requérant de faire valoir tout moyen, « *indépendamment de tout intérêt subjectif lésé* »¹⁸⁰⁹, peut en effet être regardée comme le marqueur le plus net de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir : « *permettre au requérant de se plaindre de ce qui ne l'atteint pas, dès lors qu'il est acquis qu'il est affecté par l'acte, indique bien que le recours justifié par un intérêt froissé est une occasion pour contester toutes les irrégularités liées à cet acte, bref que rendu recevable par son intérêt, le requérant va bien devenir l'auxiliaire du contrôle de légalité* »¹⁸¹⁰.

944. Dans la mesure où il n'est pas partagé par l'ensemble des systèmes européens de contentieux des décisions des autorités publiques, le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions peut apparaître comme une position contingente du contentieux administratif français. Présenté par Bertrand Dacosta comme une « *espèce de sourate* »¹⁸¹¹ dont la remise en cause serait « *presque blasphématoire* »¹⁸¹², il ne constitue toutefois pas un dogme quasi-religieux qui se serait maintenu par la seule force de la tradition. Ce principe, et celui de la liberté des moyens, correspondent de manière parfaitement logique à la fonction de contrôle de légalité attribuée au recours pour excès de pouvoir, si bien qu'il est impossible de les écarter sans altérer cette dernière. C'est d'ailleurs au-delà du champ de

1809 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, p. 1416.

1810 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt *Département du Tarn et Garonne* », *RDPA* 2014, p. 1198.

1811 Bertrand DACOSTA, « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 125.

1812 Bertrand DACOSTA, « De *Martin* à *Bonhomme*, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », *RFDA* 2014, p. 425.

l'excès de pouvoir que l'exigence de l'intérêt au moyen a pu connaître les développements les plus francs.

945. La multiplication de dérogations du type de celle de l'article L. 600-1-4 du code de l'urbanisme présente ainsi le risque de fragmenter le recours pour excès de pouvoir en une collection d'actions dans l'intérêt individuel des requérants, jusqu'à provoquer un « *basculement dans la conception du recours* »¹⁸¹³. Si le législateur a jugé utile d'instituer une nouvelle exception au principe de la liberté des moyens dans le contentieux des permis de construire valant AEC, le Conseil d'État semble plus prudent.

946. Rejet de l'intérêt au moyen dans le contentieux des actes de droit souple. Il a notamment choisi de ne pas limiter les moyens invocables en fonction de l'intérêt du requérant lors de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes de droit souple. Craignant que la reconnaissance de la justiciabilité de ces actes ne provoque des débats contentieux difficiles à contrôler, le rapporteur public Vincent Daumas avait pourtant proposé au Conseil d'État, dans ses conclusions sur l'arrêt *Société NC Numéricable* de 2016, de « *lier l'intérêt lésé justifiant la qualité pour agir du requérant et la nature des moyens qu'il peut faire valoir devant le juge* »¹⁸¹⁴. Evoquant le développement de cette technique en plein contentieux contractuel, il avait également souligné que la liaison de l'intérêt pour agir et des moyens invocables avait déjà été admise par la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, pour en conclure qu'il ne s'agissait pas d'une « *technique étrangère* » à cette branche du contentieux administratif. M. Daumas, qui reconnaissait que la liberté des moyens invocables trouvait sa justification dans la finalité de garantie du respect de la légalité assignée au recours pour excès de pouvoir, suggérait d'admettre que le recours contre les actes de droit souple répondait à une finalité différente, celle de la défense des intérêts particuliers des requérants, afin d'en déduire la possibilité d'une liaison entre les moyens et l'intérêt à agir. Ce raisonnement tient compte, à juste titre, du fait que les actes de droit souple ne sont la source d'aucun droit ou obligation, contrairement aux actes administratifs normatifs, qu'ils soient réglementaires ou non. Au regard de leur impuissance sur le plan juridique, il ne serait pas incohérent que leur examen par le juge relève d'une logique différente de celle du contrôle de légalité et qu'ils ne puissent être contestés que par des moyens auxquels le requérant aurait un intérêt. Il semble que l'intégration du recours contre les actes de droit souple dans le champ du

1813 Pierre-Yves SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, p. 1378.

1814 Vincent DAUMAS, « Les prises de position », *RFDA* 2016, p. 506.

contentieux de l'excès de pouvoir se soit opposée à l'institution d'une condition subjective d'invocabilité des moyens.

947. Rejet de l'intérêt au moyen dans le contentieux des autorisations d'urbanisme de droit commun. Un raisonnement similaire paraît être à l'origine de la mise à l'écart, par le groupe de travail chargé d'établir des propositions permettant d'améliorer l'efficacité du contentieux de l'urbanisme, présidé par la conseillère d'État Christine Maugüé, de propositions favorables à une liaison des moyens invocables et de l'intérêt à agir dans le contentieux des autorisations d'urbanisme. Le rapport Maugüé relève ainsi que des propositions « *consistant à limiter les moyens invocables contre une autorisation [de construire] aux seuls moyens en rapport direct avec l'intérêt lésé avancé par le requérant pour les invoquer* », sur le modèle de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, sont formulées fréquemment dans l'objectif de renforcer la stabilité des permis d'urbanisme. Selon le rapport, de telles propositions, qui « *reposent sur l'idée que le contentieux des autorisations d'occupation des sols est un contentieux privé* », en méconnaissent la logique : « *au-delà des inconvénients pour les voisins, les constructions façonnent le paysage urbain et ont un degré de permanence qui font que ce contentieux va bien au-delà d'un simple rapport de droits privés* »¹⁸¹⁵.

948. Il apparaît ainsi qu'au cours de la période contemporaine, le développement d'un intérêt au moyen en contentieux de l'excès de pouvoir a été rejeté par le juge administratif lui-même ou par les organes chargés de l'élaboration des principales réformes de la procédure administrative contentieuse. Le maintien d'une approche objective des moyens invocables, aussi bien dans le contentieux d'actes de portée générale que d'actes particuliers, préserve l'unité du recours pour excès de pouvoir, souligne la constance de ses fonctions et révèle l'attachement du Conseil d'État à un principe qui caractérise fondamentalement l'objectivité de cette voie de droit. Consubstantielle au recours pour excès de pouvoir, la liberté des moyens constitue une garantie de l'accomplissement de sa fonction de contrôle de la légalité et de l'efficacité de l'exercice du droit au recours. Si la réduction de sa portée est envisageable, notamment par la voie législative, au profit du développement d'un recours en annulation à la subjectivité plus affirmée, il ne pourra être effectué qu'au prix d'un reniement de la fonction traditionnelle de l'excès de pouvoir, qui n'apparaît pas souhaitable. Il est vrai que le phénomène contemporain d'extension du champ du contentieux de pleine juridiction,

1815 Rapport Maugüé, pp. 6-7.

combiné à une tendance favorable au renforcement de la stabilité des situations juridiques, pourrait impliquer la poursuite du développement de l'exigence de l'intérêt au moyen sans altérer les mécanismes fondamentaux du contentieux de l'excès de pouvoir. Une telle perspective, qui laisse entrevoir le risque d'un rétrécissement du domaine de l'excès de pouvoir, doit également être envisagée avec prudence afin que le contentieux de la légalité objective ne se réduise pas à une peau de chagrin.

Conclusion du Chapitre 2

949. Dans son appréciation de la légalité de l'acte qu'il contrôle, le juge est guidé par l'exigence de stabilité des situations juridiques. Afin d'éviter de prononcer une sanction disproportionnée, inopportune ou néfaste du point de vue de l'intérêt général, de celui des tiers ou de la bonne administration de la justice, il peut ainsi mesurer l'incidence d'un vice de manière nuancée pour conclure qu'il présente un caractère tolérable.

950. Ce raisonnement s'appuie classiquement sur la relativisation conceptuelle de l'importance de certaines composantes de la légalité externe. Si le juge reconnaît que le formalisme imposé à l'administration est la source de garanties, tant pour l'auteur de l'acte que pour ses destinataires, il n'ignore pas qu'il induit une certaine complexité qui engendre, à son tour, un risque contentieux. Tout au long du XX^{ème} siècle, sa jurisprudence a ainsi manifesté la recherche d'un « *équilibre* »¹⁸¹⁶ d'abord atteint par une analyse abstraite et objective de la substantialité de la formalité méconnue, à laquelle s'est progressivement associée une analyse concrète et subjective de l'irrégularité constatée. L'approche réaliste du juge administratif n'a toutefois pas suffi à diminuer le sentiment d'insécurité juridique attribué par les autorités normatives au développement des exigences procédurales, lequel s'est pourtant accentué sous l'influence d'un mouvement de renforcement des droits administrés ainsi que du droit européen¹⁸¹⁷. La multiplication des processus de consultation, de participation et d'information étant perçue comme un phénomène inexorable, il est apparu plus efficace de confirmer et de structurer de manière lisible l'approche tolérante de la légalité externe adoptée par le juge administratif afin de garantir la stabilité des actes unilatéraux et des contrats de l'administration. La loi de simplification du droit de 2011, qui poursuivait cet objectif en matière de consultation, a été relayée et étendue la même année par la décision d'assemblée *Danthy*, qui a consacré la théorie du vice de procédure subjectivement substantiel comme un principe général.

951. La tolérance dont le juge fait preuve dans le traitement des vices de forme et procédure ne peut toutefois être réduite à une sorte de bienveillance partielle envers une administration supposément accablée par un formalisme toujours plus étouffant. Elle traduit avant tout la volonté du juge d'éviter de prononcer des annulations platoniques et, plus largement, une

1816 Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1988, p. 235.

1817 Delphine COSTA, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA* 2002, p. 1394 ; Ioanna PAPADAMAKI, « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP* 2017, p. 1245.

recherche d'utilité de sa décision : il est ainsi fréquemment remarqué que « *face à certains vices de procédure, l'annulation d'une décision administrative constitue une sanction non seulement disproportionnée, mais aussi inefficace puisqu'il est souvent loisible à l'Administration de reprendre la même décision en respectant, cette fois, la procédure requise* »¹⁸¹⁸. La décision *Danthony* peut en ce sens être observée comme la transposition à l'analyse du vice de procédure des considérations pragmatiques qui ont inspiré les décisions *El Bahi* et *Hallal* : les critères de l'absence de privation d'une garantie et de l'absence d'influence sur le sens de la décision sont d'ailleurs très proches de ceux qui permettent d'opérer une substitution afin de corriger l'erreur dans le choix de la base légale ou des motifs.

952. En faisant dépendre les conséquences du vice de procédure de son influence sur le sens de la décision ou sur les garanties accordées aux personnes intéressées, la jurisprudence *Danthony* contribue à une « *subjectivisation du recours pour excès de pouvoir* »¹⁸¹⁹, qui oriente cette voie de droit dans la perspective d'un renforcement de la stabilité des situations juridiques.

953. À ses côtés, une tendance plus récente en droit interne mais très vive conduit le juge administratif à tolérer des vices au motif qu'ils sont dépourvus de lien avec les intérêts du requérant, alors même qu'ils pourraient objectivement entacher l'acte d'illégalité. Amorcée en 2008 dans la procédure du référé précontractuel, elle s'est propagée à l'ensemble du contentieux contractuel à la faveur de la politique jurisprudentielle de recomposition des voies de droit ouvertes contre le contrat et de modernisation de l'office du son juge. Au nom de la stabilité des contrats administratifs, différents mécanismes font désormais obstacle, dans le contentieux des parties comme dans celui ouvert aux tiers, à ce que le requérant puisse invoquer un moyen tiré d'un vice qui ne l'a pas personnellement lésé. Il en résulte que la légalité contractuelle, dans le contentieux de pleine juridiction, n'a plus la consistance d'une exigence objective de protection du droit et limite sa finalité à la défense des intérêts subjectifs des requérants¹⁸²⁰.

1818 Yann AGUILA, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français » in *Droit comparé de la procédure administrative*, dir. Jean-Bernard AUBY, av. Thomas PERROUD, Bruylant, 2016 p. 877.

1819 Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

1820 Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDJ* 2014, p. 1198.

954. Accomplie par le transfert progressif des recours des tiers au sein du contentieux de pleine juridiction et justifiée par des considérations spécifiques au contrat administratif, une telle évolution n'apparaît pas immédiatement susceptible d'atteindre le contentieux de l'excès de pouvoir lui-même, dont elle bouleverserait la nature. Il reste que la possibilité d'un démembrement de l'excès de pouvoir à la faveur du contentieux de pleine juridiction pourrait avoir un effet semblable. En outre, il est apparu que les règles les plus caractéristiques de l'excès de pouvoir n'étaient pas intangibles, le Conseil d'État ayant notamment décidé, au nom de l'utilité de l'intervention du juge administratif, qu'il pouvait être dérogé au principe selon lequel la légalité d'un acte devait être appréciée à la date de son adoption. Le principe selon lequel l'intérêt à agir est apprécié au prisme des conclusions de la requête et son corollaire, le principe de liberté des moyens invocables, ne paraissent pas bénéficier d'une protection supérieure. Toutefois, il convient de souligner que la généralisation d'une exigence d'intérêt au moyen en contentieux de l'excès de pouvoir ne se limiterait pas, comme les évolutions induites par les arrêts *Américains Accidentels* ou *ELENA*, à modifier les modalités du contrôle de l'excès de pouvoir, mais en atteindrait plus profondément l'essence.

Conclusion du Titre 1

955. De nombreux moyens sont à la disposition du juge afin d'éviter de prononcer la sanction d'un acte irrégulier ou illégal. Plus précisément, il peut éviter de recourir à *certaines sanctions*, qui sont les plus perturbatrices de l'ordonnement juridique et de la stabilité des situations. Les procédés qu'il peut employer à cette fin relèvent d'une logique pragmatique et concrète¹⁸²¹, qui se révèle louable dans la mesure où les décisions de la juridiction administrative sont susceptibles d'emporter des effets considérables. Alors que leur efficacité s'est renforcée, il paraît opportun que le juge soit en mesure d'exercer une meilleure maîtrise de son pouvoir d'anéantir les actes contraires aux normes supérieures.

956. L'évitement de la sanction normale de l'illégalité peut ainsi être opéré à la faveur d'un mode de rétablissement de la légalité jugé plus adapté. En renfort des techniques prétoriennes de substitution de base légale ou de motifs, les développements législatifs du droit de l'urbanisme et du droit des autorisations environnementales et ceux, jurisprudentiels, du droit des contrats administratifs soulignent l'affirmation de la régularisation comme sanction-remède permettant de faire disparaître l'atteinte aux règles supérieures sans anéantir l'acte litigieux. À l'issue d'un calcul d'utilité, une telle option peut présenter un résultat plus avantageux que l'annulation en permettant de concilier de manière satisfaisante les exigences contradictoires de la stabilité et du principe de légalité. Elle conduit malgré tout à opposer l'utilité de la décision à l'utilité du recours lui-même. Il est vrai que la régularisation d'acte, le cas échéant suggérée par le juge, résout le litige, évite un recommencement de la procédure administrative et écarte le risque d'un nouveau contentieux. La possibilité que l'illégalité commise soit corrigée en cours d'instance fait cependant dépendre le respect du droit de l'action du requérant, qui voit pourtant diminuer la perspective d'obtenir un avantage à l'issue du recours. Si la voie de droit qu'il emprunte poursuit bien l'objectif du rétablissement de la légalité, le requérant ne peut agir à ce seul titre et son action est nécessairement motivée par l'espoir d'un avantage justifiant à ses yeux les efforts qu'il devra accomplir. Le souci l'utilité de la décision et la valorisation marquée de la stabilité des situations dans certaines branches du contentieux semble ainsi présenter un risque de dissuasion progressive de l'exercice du recours, qui pourrait nuire à la détection des illégalités et à l'efficacité des règles de droit.

1821 Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000, p. 426.

957. La sanction peut également être évitée par un procédé de neutralisation du vice ou de l'illégalité affectant l'acte, lorsque sa gravité n'apparaît pas suffisante pour justifier sa disparition et ses conséquences. De telles considérations inspirent la technique classique de la neutralisation de l'illégalité de certains motifs d'un acte pris en considération d'autres motifs légaux et qui suffisent pour le fonder. Plus largement, le juge opère de manière traditionnelle une hiérarchisation au détriment de la légalité externe des actes soumis à son contrôle, considérant que l'irrégularité procédurale et formelle d'une décision peut être sans incidence sur son bien-fondé. La distinction entre les vices qualifiés de substantiels et ceux qui sont bénins en constitue le support conceptuel, clarifié par la jurisprudence *Danthony*. Participant d'une subjectivisation du contentieux de la légalité, elle n'implique toutefois pas une neutralisation totale de la légalité externe et ne paraît pas davantage engendrer une imprévisibilité systématique des conséquences d'un vice de procédure. Ses critères étant bien intégrés, il est désormais établi que le juge s'attache plus au résultat de la formalité qu'à la formalité elle-même, et il semble souvent possible de déterminer si une *personne intéressée a été privée d'une garantie* ou si le vice a *pu exercer une influence sur le sens de la décision*.

958. Alors que la jurisprudence *Danthony* et la théorie du vice non substantiel qu'elle représente impliquent de ne pas procéder à la qualification d'une illégalité, en s'appuyant sur une analyse *in concreto* de la gravité d'un vice identifié, d'autres mécanismes permettent au juge de tolérer des illégalités virtuelles. Le développement d'une exigence d'intérêt au moyen dans le plein contentieux des contrats administratifs repose ainsi sur une logique pleinement subjective de neutralisation des illégalités dont le requérant ne souffre pas. Elle implique dès lors que les illégalités dépourvues d'incidence à son égard échapperont à la censure, au nom de la stabilité du contrat et de la préservation des droits des parties. Justifiée par la spécificité de la configuration du contentieux des contrats administratifs ainsi que par les enjeux économiques et sociaux attachés à ces actes, une telle technique d'évitement de la sanction ne paraît pas pouvoir être transposée au contentieux de l'excès de pouvoir sans en transformer la nature. La fonction sociale d'instrument de préservation de la légalité et de contrôle de l'administration qui lui est impartie semble en effet exiger le maintien du principe de la liberté des moyens invocables, aussi conviendrait-il de le préserver attentivement.

959. À travers les processus d'identification et de qualification d'une illégalité, puis le choix de permettre ou de procéder à sa correction, les différents mécanismes d'évitement de la sanction composent une dimension très riche de l'office du juge, dédiée à la stabilisation des

situations juridiques. Si la préservation de l'intérêt général et de la sécurité juridique des tiers fonde la légitimité de cet office stabilisateur¹⁸²², il présente un certain nombre de risques pour l'équilibre du procès administratif, qui constitue lui-même un élément déterminant de l'équilibre politique et social de l'État. À cet égard, il paraît essentiel de préserver une certaine équité procédurale et de ne pas négliger les intérêts du requérant, dès lors que son action permet la défense de la légalité et met en œuvre l'idée essentielle de l'État de droit selon laquelle la puissance publique est soumise aux règles émanant de la volonté générale. La possibilité d'une sanction négative de l'illégalité demeure nécessaire. Il s'agit d'un mécanisme pertinent de contrôle de l'administration qui intègre, par ailleurs, une forte prise en compte de l'exigence de stabilité des situations juridiques.

1822 En ce sens, v. Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 3^e ed. 1925, réed. Dalloz 2005, p. 74.

Titre 2 - La stabilité des situations et la sanction

960. La possibilité pour le juge de sanctionner les actes juridiques adoptés par les pouvoirs publics lorsqu'ils sont contraires aux normes supérieures contribue assurément à la réalisation du « *miracle* »¹⁸²³ du droit administratif, ce constat pouvant sans difficulté être transposé au droit constitutionnel ainsi qu'au droit de l'Union européenne. La sanction juridictionnelle de l'illégalité, quelle que soit sa nature, constitue en effet la principale concrétisation de l'État de droit¹⁸²⁴ et du principe de légalité qui en découle. S'il est permis de croire à un tel miracle juridique sans renoncer à une démarche rationnelle, c'est parce que ces sanctions produisent dans l'ordonnement juridique des effets concrets.

961. Au début du XX^{ème} siècle, pourtant, le juge administratif ne s'étonnait pas du caractère éventuellement « *platonique* »¹⁸²⁵ des annulations qu'il pouvait prononcer, qu'il envisageait même comme une caractéristique de son office. Réticent à entreprendre sur le domaine de l'administration, le juge de l'excès de pouvoir considérait en effet qu'il n'avait pas à « *se préoccuper des conséquences, positives ou négatives, de son jugement* »¹⁸²⁶. Vivement critiqué pour son indifférence à l'égard des suites effectivement données à ses décisions¹⁸²⁷, il s'est toutefois attaché à en définir la portée en énonçant notamment que « *les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus* »¹⁸²⁸. Sans doute cette fiction de la rétroactivité était-elle conforme aux exigences de la légalité, et le juge, en se détachant des considérations relatives à l'exécution de ses arrêts, pouvait aisément en tirer toutes les conséquences théoriques. Sa rigueur pouvait néanmoins, dans certaines circonstances, constituer un obstacle à l'exécution de l'annulation. Il est ainsi apparu nécessaire d'y apporter des tempéraments lorsque sa confrontation à la réalité des faits se révélait matériellement impossible ou susceptible de faire naître une trop grande instabilité au sein de l'ordre

1823 Prosper WEIL, Dominique POUYAUD, *Le droit administratif*, PUF, Que sais-je ?, ed. 2017, p. 3.

1824 Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

1825 Issue des conclusions de Jean Romieu sur l'arrêt *Martin* (*Rec. Lebon* 1905, p. 768, également accessible sur Revue générale du droit on line, 2018, numéro 29454, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29454), l'expression employée pour décrire les effets de l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte détachable d'un contrat administratif sur celui-ci est généralement reprise par la doctrine pour décrire le caractère de simple sanction morale que revêt une annulation tardive (par ex., Benoit PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e ed., pp. 1448-1449).

1826 Jean ROMIEU, *id.*

1827 V. en particulier Jean RIVERO, « Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p. 37 ; v. également Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952, p. 143 et s. ; Marcel WALINE, note sur CE, ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *RDP* 1951, p. 477.

1828 CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, rec. p. 1065, S. 1925, III, p. 49, note Maurice HAURIOU.

juridique. Le juge s'est efforcé d'établir un équilibre satisfaisant entre le principe de légalité et la sécurité juridique tout au long du XX^{ème} siècle.

962. Au cours de cette période, l'efficacité du contrôle de légalité au sens large s'est considérablement renforcée. L'octroi d'un pouvoir d'injonction au juge administratif et l'institution de procédures d'urgence ont notamment réduit de manière significative le caractère platonique de ses décisions. Par ailleurs, les sources de la légalité ont gagné en effectivité dans la mesure où les procédures juridictionnelles permettant d'en garantir le contrôle se sont développées : les juges administratifs et judiciaires se sont ainsi reconnus compétents pour contrôler la conventionnalité des lois, tandis que la révision constitutionnelle de 2008 a institué le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Permettant au juge de sanctionner plus efficacement la violation d'un plus grand nombre de normes supérieures, ces évolutions ont indéniablement contribué au progrès de l'État de droit d'une manière générale.

963. A ce titre, il est juste de considérer qu'elles se sont également inscrites dans le sens d'une plus grande sécurité juridique. Elles ont en effet accru la certitude de l'ordre juridique en confirmant que la Constitution ou les traités européens et internationaux ne sont pas de simples symboles politiques mais bien des règles juridiques utilement opposables à la puissance publique. Par ailleurs, en permettant au sujet de droit de s'attendre à la disparition des actes qui les méconnaissent, elles ont contribué à l'augmentation de la prévisibilité du droit : « *Quelle plus grande sécurité, en effet, que celle résultant de la stricte application de la loi ?* »¹⁸²⁹.

964. La sécurité juridique revêt cependant d'autres dimensions avec laquelle le développement du principe de légalité a pu entrer en contradiction, parmi lesquelles celle de la stabilité des situations juridiques. Si nul ne peut contester la légitimité du principe selon lequel « *si un acte est illégal, il faut qu'il disparaisse* »¹⁸³⁰, il est toujours apparu nécessaire de le concilier avec cette exigence¹⁸³¹, qui s'incarne notamment dans le respect des droits acquis ou la protection de la confiance légitime. Ce besoin s'est naturellement renforcé à mesure que l'efficacité de l'annulation progressait. S'inspirant de l'adage romain *summum jus, summa*

1829 Marco DARMON, concl. sur CJCE, 27 février 1985, aff. C-112/83, *Société des produits de maïs*, rec. p. 720, § 11.

1830 Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Amphithéâtre, 1988, p. 245.

1831 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 3^e ed. 1925, rééd. Dalloz 2005, p. 72 et s.

injuria, le juge en serait finalement arrivé à considérer le recours comme « *un outil de déstabilisation de l'action administrative* »¹⁸³² qu'il lui appartenait de manier avec la plus grande prudence.

965. Alors que les effets normalement attachés à la sanction de l'illégalité traduisent déjà la recherche par le juge d'un équilibre entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique (**Chapitre 1**), la consécration de son pouvoir de moduler les effets de ses décisions confirme définitivement que son office implique de préserver la stabilité des situations (**Chapitre 2**).

1832 Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

Chapitre 1 - Les effets de la sanction de l'illégalité

966. L'illégalité éventuelle des actes adoptés par la puissance publique est, par elle-même, généralement sans incidence sur leur validité dans l'ordre juridique. En théorie, il apparaît impossible de considérer qu'un *acte juridique* soit *nul* du seul fait de son irrégularité au regard d'une règle supérieure : selon Hans Kelsen, « *tout caractère juridique fait par avance défaut à l'acte nul* »¹⁸³³ ; dès lors, s'il est envisageable qu'une irrégularité d'un acte juridique permette de le priver de validité, l'acte irrégulier ne doit pas être considéré comme étant « *nul* » mais plus exactement comme « *annulable* »¹⁸³⁴, par certaines autorités et à certaines conditions. Sur le plan pratique, l'insécurité juridique qui résulterait de la possibilité pour tout sujet de droit ou institution publique de refuser d'appliquer un acte qui lui paraîtrait irrégulier justifie également que le système juridique admette le principe d'une « *auto-légitimation (Selbstlegitimation) des actes des autorités publiques* »¹⁸³⁵. En droit administratif, le privilège du préalable fonde ainsi la présomption de légalité dont bénéficient les actes de l'administration, tant que leur illégalité n'a pas été établie devant le juge compétent¹⁸³⁶.

967. Afin de priver un acte illégal de son efficacité et de garantir le respect des normes supérieures, l'institution d'un mécanisme de sanction négative apparaît indispensable. La détermination des effets de la sanction de l'illégalité relève d'un choix politique d'organisation du système juridique, visant à réaliser un certain équilibre entre les exigences de la stabilité des situations et celles du principe de la légalité. S'il admet la possibilité de faire disparaître l'acte *annulable* et ses conséquences juridiques, Kelsen souligne en ce sens que « *l'annulation comporte à vrai dire des degrés, soit quant à sa portée, soit quant à son effet dans le temps* ». Elle peut ainsi « *se limiter à un cas concret* », lorsqu'il s'agit d'annuler un acte individuel ou lorsque les tribunaux doivent refuser d'appliquer un acte de portée générale, ou revêtir une portée « *totale* ». De même, « *l'annulation peut se limiter à l'avenir ou au contraire s'étendre également au passé, c'est-à-dire avoir lieu avec ou sans effet rétroactif* » : au nom de « *l'idéal de la sécurité juridique* », cet auteur estime notamment préférable de limiter à l'avenir la disparition des normes générales, afin que leurs effets ne soient pas remis en cause, et n'envisage leur annulation rétroactive que comme une sanction exceptionnelle.

1833 Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 214.

1834 *Ibid.*

1835 *Id.*, p. 215.

1836 Sous réserve de l'obligation faite aux autorités administratives de refuser d'appliquer un acte réglementaire illégal.

968. Dans son *Essai de théorie générale de la sanction des irrégularités*, Gaston Jèze manifeste une attention semblable à l'équilibre entre les intérêts divergents qui sont affectés par les actes juridiques, et affirme qu'« *une bonne théorie des nullités doit concilier l'intérêt général* », « *l'intérêt des patrimoines individuels ou administratifs touchés par les actes juridiques* » et « *l'intérêt des tiers* », ces derniers aspirant le plus souvent à la stabilité¹⁸³⁷. Ces différents intérêts doivent dès lors être pris en compte dans la détermination de la sanction à apporter à l'irrégularité d'un acte. En droit public, dès lors que « *l'irrégularité affecte en principe non pas l'intérêt d'un particulier, mais la chose publique, un intérêt général* », Jèze – pourtant partisan d'une approche très nuancée – estime ainsi que « *la sanction adéquate est non pas la non opposabilité à tel ou tel individu, mais la nullité* »¹⁸³⁸.

969. En consacrant le principe de légalité dans l'arrêt *Dame Lamotte*, le Conseil d'État a désigné le recours pour excès de pouvoir comme la voie de droit dédiée à sa protection. L'annulation rétroactive étant, comme l'a souligné l'arrêt *Rodière*, la sanction que prononce le juge de l'excès de pouvoir s'il constate l'illégalité de l'acte soumis à son contrôle, il en a été déduit le principe selon lequel le rétablissement de la légalité repose sur l'anéantissement rétroactif de l'acte illégal et l'effacement de ses conséquences. Il apparaît toutefois que la détermination des effets de cette annulation a toujours été influencée par la préoccupation de la stabilité des situations juridiques (**Section 1**).

970. En outre, si la fonction de l'annulation est la restauration de la légalité, cet objectif de l'État de droit ne peut être atteint par ce seul mécanisme. En effet, bien qu'elle soit puissante et efficace, l'annulation ne peut être prononcée par le juge de l'excès de pouvoir qu'à la condition qu'il ait été saisi d'un recours recevable exercé par voie d'action. La légalité, qui constitue une exigence à la fois permanente et changeante, ne peut être entièrement ni constamment satisfaite par un procédé dont la mise en œuvre est limitée dans le temps, aussi est-il nécessaire d'y adjoindre des mécanismes de contrôle incident et perpétuel de certains actes. La possibilité qu'ils conduisent au constat de l'illégalité d'un acte définitif implique cependant que les sanctions qui en découlent tiennent compte à un plus grand degré de l'exigence de stabilité des situations juridiques (**Section 2**).

1837 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 3^e ed. 1925, réed. Dalloz 2005, p. 69 et s.
1838 *Id.*, p. 88.

Section 1 - Les effets équilibrés de la sanction par voie d'action

971. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'annulation poursuit pour unique fonction le rétablissement de la légalité, initialement conçue comme une valeur « *souveraine* »¹⁸³⁹, et y parvient normalement par l'anéantissement de l'acte qu'elle frappe plutôt que par sa correction. En tant que sanction envisagée dans sa forme pure, elle s'oppose radicalement à la consolidation de situations illégales. La préservation de la stabilité des situations juridiques n'est cependant pas une exigence complètement étrangère à la technique de l'annulation. Celle-ci développe ses effets destructeurs dans une sphère matérielle et temporelle limitée, dont les propres contours tracent ceux du champ où la stabilité doit être respectée : cette dernière peut, à ce titre, être considérée comme une exigence périphérique à l'annulation. La détermination de la portée de l'annulation permet ainsi d'identifier en négatif la place dévolue à la sécurité juridique par cette technique, et de révéler les modalités de sa conciliation avec le principe de légalité. S'il est parfaitement juste et conforme au principe de légalité que l'annulation provoque la suppression rétroactive de l'acte illégal visé par le recours (§ 1), la prise en compte de l'exigence de sécurité juridique conduit à limiter ses conséquences à l'égard des actes tiers (§ 2).

§ 1 - L'ampleur des effets de la sanction de l'acte visé par le recours

972. L'« *ampleur* »¹⁸⁴⁰ des effets de l'annulation est classiquement relevée comme un gage de son efficacité : sa dimension temporelle et spatiale permet de considérer que l'illégalité n'est jamais intervenue dans l'ordre juridique et donc de maintenir la continuité et la primauté du principe de légalité. L'existence d'un vice de nature à justifier l'annulation au sein d'un acte ne doit toutefois pas systématiquement impliquer sa suppression totale lorsque l'illégalité n'affecte que certains aspects de l'acte que le juge considère comme divisibles d'autres dispositions légales. L'annulation peut donc se décliner en deux « *modalités* »¹⁸⁴¹ : le rétablissement de la légalité dans l'ordre juridique peut impliquer la censure intégrale de l'acte illégal (A), ou une censure partielle concentrée sur les seuls éléments illégaux qu'il comporte (B). Les mutations de l'office du juge de l'excès de pouvoir ayant donné lieu à la consécration de son pouvoir d'abrogation poursuivent la même logique de proportionnalité entre l'illégalité constatée et la sanction prononcée (C).

1839 Jean GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, 1996, p. 315.

1840 Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952, p. 135

1841 Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^e ed., p. 1448.

A - L'annulation, censure totale de l'illégalité au sein de l'ordre juridique

973. Rétroactivité de l'annulation. L'annulation d'un acte « implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu »¹⁸⁴², afin que la continuité de l'application du principe de légalité ne soit pas interrompue. Comme tout recours en annulation, le recours pour excès de pouvoir est ainsi régi par le « principe fondamental (...) de la portée rétroactive de l'annulation »¹⁸⁴³, qui suppose la suppression *ab initio* (ou *ex tunc*) de l'intégralité des conséquences produites par l'application de l'acte au cours de la période précédant la sanction juridictionnelle. Si le recours en annulation peut être accompagné ou précédé d'un recours visant à la suspension de l'acte, il est en effet généralement dépourvu en lui-même de caractère suspensif¹⁸⁴⁴, ce qui implique que l'acte querellé peut produire ses effets en vertu du privilège du préalable malgré l'introduction de la requête¹⁸⁴⁵. La rétroactivité de l'annulation appelle nécessairement leur remise en cause, mais la longueur du délai de jugement peut parfois conférer à cette sanction un caractère simplement moral ou platonique, lorsque la période d'application de l'acte lui a permis de produire tous les effets que le requérant aurait voulu empêcher¹⁸⁴⁶.

974. Conséquences mécaniques. En effaçant l'acte et ses effets de l'ordre juridique, l'annulation emporte certaines conséquences mécaniques qui se distinguent selon le caractère négatif ou positif de l'acte. L'acte négatif « est celui par lequel l'administration refuse ou omet d'apporter toute modification à l'ordonnancement juridique »¹⁸⁴⁷ : son annulation ne vaut pas elle-même autorisation ou modification, mais replace l'administration face à la

1842 CE ass., 11 mai 2004, n°255886, *Association AC!* ; absente de l'arrêt *Rodière* (CE, 26 décembre 1925, n° 88369, rec. p. 1065), qui indique que « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus », la précision « en principe » renvoie à la possibilité reconnue au juge administratif par cet arrêt de moduler l'effet rétroactif de l'annulation qu'il prononce (Cf. partie II sur cette question). Dans une logique similaire, l'article 264 TFUE évoque, quant à lui, que l'acte annulé est déclaré « nul et non avenue », bien qu'une telle formule renvoie plutôt en contentieux administratif interne au cas de l'inexistence (par ex., CE, 10 novembre 1999, n° 126382, *Préfet de la Drôme*).

1843 Prosper WEIL, *id.*, p. 135.

1844 L'article L. 4 du CJA dispose ainsi que « sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction ». Le système allemand de contentieux des décisions individuelles donne une illustration de recours en annulation à caractère suspensif, bien que limité au seul champ des actes individuels, à l'exclusion notable des actes réglementaires (v. Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Puf, 2006, p. 180).

1845 Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, pp. 85-87.

1846 Par ex., voir CE, sect., 4 novembre 1994, n° 136240, *Al Joujo*, AJDA 1995, p. 231, concl. Ronny ABRAHAM : l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté d'expulsion fait « revivre à la date de cet arrêté et pour la durée qui restait à courir à cette date le titre de séjour que l'expulsion avait abrogé » mais, si la mesure d'expulsion a déjà été exécutée, il est possible que le titre de séjour remis en vigueur ne soit plus valide.

1847 Prosper WEIL, *id.*, p. 154.

demande qui lui a été faite¹⁸⁴⁸. L'annulation d'un acte positif, « *qui apporte un élément nouveau à l'ordonnement juridique, qui modifie l'état de droit existant, y ajoutant ou en retranchant quelque chose* »¹⁸⁴⁹, implique de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant son intervention, la difficulté étant plus ou moins importante selon la durée pendant laquelle se sont développés ses effets, ainsi que selon le caractère continu ou immédiat de leur déploiement. Dans l'hypothèse où l'acte positif adopté par l'administration est venu ajouter des éléments à l'ordre juridique, son annulation emporte automatiquement leur disparition : sauf cas de compétence liée, il appartient alors à l'administration d'apprécier l'opportunité de reprendre l'acte¹⁸⁵⁰, sous réserve du respect de la chose jugée. En revanche, lorsque l'acte positif a retranché certains éléments, par l'abrogation ou le retrait, l'annulation provoque la résurrection de la règle ou de la mesure antérieure¹⁸⁵¹.

975. L'application de ce principe à l'hypothèse de l'annulation du retrait d'une décision créatrice de droits a nécessité certains ajustements originaux afin de concilier la sécurité juridique du bénéficiaire et le droit des tiers à un recours effectif¹⁸⁵². Ainsi, le Conseil d'État estime que l'annulation du retrait d'une telle décision la rétablit à la date de lecture de la décision juridictionnelle, sans toutefois que le délai de retrait par l'administration ne recommence à courir¹⁸⁵³. Le délai de recours des tiers, en revanche, s'ouvre de nouveau à compter de l'accomplissement des mesures de publicité prescrites ou de la date du jugement si aucune formalité de publicité n'est exigée. Cette solution, qui renforce la sécurité juridique des décisions créatrices de droits en excluant que des erreurs à répétition de l'administration ne permettent un double retrait sur une période pouvant s'étendre jusqu'à huit mois, tient compte des intérêts des tiers et ne s'oppose pas à ce que le préfet opère un contrôle par le biais du déféré. La réouverture du délai de recours qu'elle implique est cohérente dès lors que la décision rétablie est considérée comme un nouvel acte qui n'est pas encore devenu définitif.

1848 V. par ex. CE, 24 novembre 2021, n° 437375, *Société Dai Muraille*, concernant l'hypothèse de l'annulation d'un refus de permis construire pour lequel le demandeur avait obtenu un certificat d'urbanisme, lui conférant un droit à voir sa demande examinée au regard des dispositions en vigueur à la date de sa délivrance.

1849 *Id.*, p. 154.

1850 Par ex., l'annulation d'un concours d'entrée dans la fonction publique n'oblige pas l'administration à organiser un nouveau concours : CE, 8 juin 1990, n° 106309, *Rougerie*, ADJA 1990, p. 892, note Jean-Marie BRETON.

1851 CE, 21 janvier 1977, n°87656, *Sieur Moisand* ; CE, 18 janvier 1967, n°58460, *Ville de Châteaudun*, rec. p. 691 ; CE, 24 mars 1965, n°62134, *Bonnetblanc*, rec. p. 1034 ; CE, 22 avril 1966, n°64867, *Subileau*, rec. p. 284 ; CE, ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, rec. p. 370.

1852 CE, 6 avril 2007, n° 296493, *Chabran*, rec. T. 1028.

1853 CE, avis, 26 juillet 2018, n° 419204, *M. B.*, AJDA 2018, p. 2020, concl. Julie BURGUBURU ; RDI 2018, p. 511, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX.

Elle semble ainsi réaliser un équilibre satisfaisant entre les exigences de la légalité et celles de la stabilité des situations juridiques.

976. Effet *erga omnes* et autorité absolue de l'annulation. Afin que le rétablissement de la légalité soit total, la portée rétroactive de l'annulation s'accompagne de l'effet *erga omnes*, qui « permet à une personne étrangère à l'instance d'invoquer la décision et qui rend possible qu'on la lui oppose »¹⁸⁵⁴, et de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à la décision juridictionnelle. Il résulte de ce caractère, commun à tous les jugements d'annulation¹⁸⁵⁵ et dont les jugements de rejet sont dépourvus¹⁸⁵⁶, que « les autres juridictions ne sauraient encore appliquer [l'] acte [annulé], puisqu'il est censé n'avoir jamais existé »¹⁸⁵⁷.

977. Le juge reconnaît à cette autorité absolue un « caractère d'ordre public »¹⁸⁵⁸, aussi peut-il soulever d'office cet élément par exception à la règle selon laquelle l'autorité de chose jugée ne peut être invoquée que par les parties. Le respect de la chose jugée interdit à l'administration de persister à appliquer l'acte annulé, que le juge considérerait dans une telle hypothèse comme inexistant, et s'oppose à l'adoption d'un nouvel acte similaire au premier¹⁸⁵⁹ : elle est ainsi tenue au respect du dispositif du jugement et des motifs « décisifs »¹⁸⁶⁰ qui en constituent le soutien nécessaire¹⁸⁶¹, qui bénéficient de la même « force de vérité légale »¹⁸⁶².

978. Exécution de l'annulation. L'exécution de la chose jugée se traduit par certaines obligations positives à la charge de l'administration qui découlent de l'effet rétroactif qui s'attache à l'annulation. Ainsi, lorsque le juge annule une décision de refus, l'administration

1854 Prosper WEIL, *id.*, p. 88.

1855 CE, 22 mars 1961, *Simonet*, rec. p. 211 ; CJCE, 11 février 1955, aff. 3/54, *ASSIDER c/ Haute Autorité de la CECA*, rec. p. 123, spéc. p. 139 ; art. 9 § 1 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle de Belgique.

1856 Dont l'autorité n'est que relative, dans la mesure où ils ne permettent pas d'établir que l'acte est dépourvu de tout vice ; CE, 22 mars 1965, *Blagny*, rec. p. 559 ; CE, 21 février 1997, *Guerlin*, rec. p. 1009 ; v. Marc NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée relative des arrêts de rejet du Conseil d'État devant le pouvoir judiciaire enfin affirmée ? », *A. P.* 2016, p. 710.

1857 David RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e ed., Bruylant, p. 563 ; par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 23 octobre 1962, *ONIC*, *bull. civ.* n° 439.

1858 Guy BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE* 1961, p. 53.

1859 CE, 30 juillet 1997, n°141939, *Caisse des dépôts et consignations* ; CJCE, 26 avril 1988, aff. 96/86, *Asteris c/ Commission*, point n°29 ; l'annulation d'une décision de refus entachée d'une illégalité externe ne fait cependant pas obstacle à l'adoption d'une nouvelle décision de refus régulière (par ex. CE, sect., 28 septembre 1998, n° 125291, *Sté Radio Pholie*, rec. p. 1113).

1860 Camille BROYELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, *Manuel*, 4^e ed., p. 262.

1861 CE, 19 mars 1982, n° 12938, *Ministre de l'agriculture c/ Société d'exploitation forestière et agricole*, rec. T. 719.

1862 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 1925, t. 1, Dalloz 2005, p. 48.

se trouve ressaisie de plein droit de la demande de l'administré, sur laquelle elle devra se prononcer, en tenant compte du motif d'annulation, au regard de la situation de droit et de fait existant à la date du jugement¹⁸⁶³. Cette solution retenue « *en règle générale* » rencontre une exception dans le cas de l'annulation d'une décision positive organisant le régime tarifaire d'un service sur une période donnée : le juge estime par dérogation au principe de non-rétroactivité des actes administratifs que « *lorsque la décision annulée fixe (...) des tarifs pour une période déterminée (...) l'autorité compétente doit (...) remplacer la décision annulée par une nouvelle décision en appliquant les éléments de fait et de droit à la date à laquelle la décision initiale a été prise* »¹⁸⁶⁴.

979. Injonction. Saisi de conclusions en ce sens ou même de son propre office, le juge peut, lorsque l'exécution de la chose jugée par l'arrêt d'annulation l'implique nécessairement, prononcer une injonction. En l'absence de texte explicite, une conception rigoureuse de la séparation des autorités normatives et juridictionnelles et la crainte de la figure du juge-administrateur incitent pourtant généralement les juges à faire preuve d'une grande réserve à cet égard¹⁸⁶⁵. Ainsi, faute pour les traités européens de reconnaître un tel pouvoir à la CJUE, celle-ci se refuse à adresser des injonctions aux institutions européennes et rejette pour irrecevabilité les conclusions à cette fin « *même si celles-ci ont trait aux modalités d'exécution de ses arrêts* »¹⁸⁶⁶. En droit interne, si certains arrêts parfois anciens se montraient déjà très explicites quant aux conséquences à tirer de l'annulation¹⁸⁶⁷, témoignant d'une démarche pédagogique partagée par les juges administratifs français et belge¹⁸⁶⁸, c'est l'intervention du législateur qui est venue conférer au juge le pouvoir de prescrire à l'administration d'exécuter les mesures qu'impliquent ses décisions. La loi du 8 février 1995 a

1863 CE, sect., 7 décembre 1973, n° 88252 et 91237, *SCA des Nigritelles*, rec. p. 699 ; CE, 10 octobre 1997, n° 134766, *Strasbourg FM*, AJDA 1997, p. 952, chron. Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD, RFDA 1998, p. 21, concl. Valérie PECRESSE.

1864 CE, 19 mars 2010, n° 305047, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, rec. T. 622 ; également CE, 20 janvier 1988, n° 59984, *Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre*, rec. p. 18.

1865 Pour une critique, v. Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », D. 1962, chr. p. 37, également in Wanda MASTOR, Julie BENETTI, Pierre EGEE, Xavier MAGNON, *Les grands discours de la culture juridique*, 1^{ère} édition, Dalloz, 2017, n° 30.

1866 TPIUE, 4 février 2009, aff. T-145/06, *Omya c/ Commission*, § 23.

1867 L'arrêt *Rodière* illustre parfaitement la tendance du juge, au début du XX^{ème} siècle, à indiquer à l'administration les conséquences de ses annulations. Sur cette question, voir François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Puf, 1995, p. 287.

1868 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Larcier, 2017, p. 243 ; par ex., CE (Belgique), 21 février 2000, n° 85.421, *Corvers* : « *la partie défenderesse est obligée, en vue du rétablissement de la légalité, de permettre à la requérante de participer à un examen de sous-chef de bureau et, si elle le réussit, de l'intégrer dans l'échelle de traitement correspondante de la carrière fonctionnelle (...), comme si elle avait réussi l'examen dont elle a, à tort, été exclue* ».

ainsi opéré « *un tournant dans l'histoire du contentieux administratif* »¹⁸⁶⁹ en incorporant au CJA l'article L. 911-1, permettant au juge d'enjoindre à l'administration d'adopter une mesure dans un sens déterminé lorsque l'exécution du jugement l'implique nécessairement¹⁸⁷⁰, et l'article L. 911-2 par lequel il peut être enjoint à l'administration de réexaminer la demande de l'administré et de prendre une nouvelle décision au regard des motifs du jugement dans un délai déterminé. En 2014, un mécanisme similaire à ce dernier a été intégré à l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'État de Belgique, qui prévoit par ailleurs la possibilité pour le juge de substituer son arrêt à la nouvelle décision que l'administration devait prendre lorsqu'elle « *résulte d'une compétence liée de la partie adverse* », cette évolution législative paraissant rompre avec une certaine conception de la séparation des fonctions¹⁸⁷¹.

980. La mise en œuvre des différentes modalités de ce pouvoir d'injonction dépend étroitement du motif de l'annulation prononcée par le juge : tandis qu'une illégalité externe peut impliquer qu'il soit enjoint à l'autorité de se prononcer de nouveau dans un certain délai, l'injonction de prendre une mesure dans un sens déterminé ne peut résulter que d'un jugement dont les motifs révèlent une situation de compétence liée post-juridictionnelle. A cet égard, l'arrêt de section *Société Eden* du 21 décembre 2018 est venu fournir d'importantes précisions sur l'office du juge de l'excès de pouvoir dans la détermination du motif constituant le support nécessaire de l'annulation¹⁸⁷². S'il revient en principe au juge de fonder l'annulation sur le moyen qu'il juge le mieux à même de régler le litige, lequel suffit à justifier l'annulation conformément à la pratique de l'économie des moyens, le Conseil d'État a indiqué qu'il appartenait au juge, saisi de conclusions à fin d'injonction accessoires aux conclusions à fin d'annulation, « *d'examiner prioritairement les moyens qui seraient de nature, étant fondés, à justifier le prononcé de l'injonction demandée* ». Il est également reconnu au requérant une possibilité de hiérarchiser ses prétentions en fonction des causes juridiques sur lesquelles reposent ses conclusions. Le juge doit dans ce cas examiner les moyens en donnant la priorité à ceux relevant de la cause juridique principale. Si aucun ne lui paraît fondé mais qu'un moyen relevant de la cause subsidiaire est retenu, le juge n'est tenu de se prononcer que sur

1869 Benoît PLESSIX, *id.*, p. 1461.

1870 Par ex., CE, 21 février 1997, n° 172634, *Calbo* : l'annulation du refus d'un règlement illégal « *implique nécessairement l'édiction de mesures mettant fin à l'application des dispositions réglementaires dont l'illégalité a été constatée* » ; sur la question de l'injonction à prendre une autorisation après l'annulation d'une décision de refus, voir Elise CARPENTIER, « To do or not to do... – Le juge peut-il enjoindre de délivrer une autorisation d'urbanisme en conséquence de l'annulation de son refus ? », *AJDA* 2018, p. 484.

1871 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Larcier, 2017, p. 87.

1872 CE, sect., 21 décembre 2018, n° 409678, *Sté Eden*, *RFDA* 2019, p. 281, concl. Sophie ROUSSEL, p. 293, note Pierre-Yves SAGNIER ; *AJDA* 2019, p. 271, chron. Yannick FAURE et Clément MALVERTI ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 27, chron. Bertrand SEILLER ; *DA* 2019, n° 4, comm. 22 Gweltaz EVEILLARD.

celui-ci : le jugement d'annulation fondé sur un moyen relevant de la cause subsidiaire signifiera alors nécessairement qu'aucun moyen issu de la cause principale n'était pertinent. Cette solution permet ainsi au requérant d'orienter le choix du motif d'annulation vers une cause juridique à laquelle il donne la priorité, afin que le juge retienne « *la solution la plus favorable à la sanction la plus poussée de l'acte et au rétablissement le plus complet de la légalité* »¹⁸⁷³.

981. Par son effet propre et les conséquences qui peuvent en découler, l'annulation se présente donc comme une sanction à la fois puissante et « *adaptée au rétablissement à l'état pur de la légalité* »¹⁸⁷⁴. Une préoccupation de réalisme peut toutefois justifier qu'elle ne soit pas appliquée à l'acte pris dans son ensemble, mais à ses seules dispositions illégales, lorsqu'elles peuvent en être détachées.

B - L'annulation partielle, censure des seules dispositions illégales au sein de l'acte

982. Formes d'annulations partielles. Il n'est pas nécessaire que le constat d'une illégalité par le juge se solde systématiquement par l'annulation de l'intégralité de l'acte. Au contraire, « *plutôt que d'opter pour la censure totale de la norme litigieuse, le juge préfère parfois ainsi procéder à l'ablation de la partie viciée de celle-ci, en extirpant de l'acte initial les seules dispositions illégales* »¹⁸⁷⁵ au moyen d'une annulation partielle. Cette technique de censure des seules illégalités de fond est connue aussi bien du contentieux administratif¹⁸⁷⁶ que du contentieux européen¹⁸⁷⁷ ou constitutionnel¹⁸⁷⁸, et peut revêtir différentes formes, la plus classique étant celle de l'amputation des seuls éléments jugés illégaux au sein d'un acte juridique unilatéral ou d'un contrat, désignée comme l'annulation partielle quantitative. L'annulation partielle qualitative constitue quant à elle une modalité plus subtile dont l'effet est de sanctionner « *une signification contenue [par un acte] ou un effet qu'il comporte* »¹⁸⁷⁹, et qui peut elle-même se décliner sous différentes formes. La première consiste à annuler un acte

1873 Gweltaz EVEILLARD, *id.*

1874 Benoît PLESSIX, *id.*, p. 1447.

1875 Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, p. 271.

1876 Par ex., CE, ass., 20 novembre 1981, n° 20710, *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*, AJDA 1982, p. 72, chron. Frédéric THIBERGIEN et Bruno LASSERRE ; CE (Belgique), 19 décembre 2011, n° 216928, *Syndicat national des propriétaires* ; CE (Belgique), 5 mars 2014, n° 226.605, *Martin*.

1877 Par ex., CJCE, 14 juillet 1988, aff. 33/86 et autres, *Stahlwerke Peine-Salzgitter et autres c/ Commission*.

1878 Par ex., Cour const. de Belgique, arrêts n° 102°2003 du 22 juillet 2003, n° 64/2009 du 2 avril 2009, n° 35/2010 du 22 avril 2010. Le Conseil constitutionnel pratique aussi cette technique de censure en prononçant des déclarations d'inconstitutionnalité partielle, essentiellement dans le cadre du contrôle *a priori* (par ex., CC, 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*).

1879 Florent BLANCO, *id.*, p. 275.

« en tant que » certains de ses effets ou certaines des normes contenues dans ses énoncés sont illégaux. La seconde consiste à censurer les manifestations négatives de volonté de son auteur, notamment les omissions ou les exclusions, à travers la technique de l'annulation dite « en tant que ne pas ». Ces deux déclinaisons de l'annulation partielle qualitative permettent notamment au juge administratif d'exercer un contrôle recentré sur les modalités d'application dans le temps des actes administratifs, par exemple lorsqu'il décide d'annuler un acte en tant qu'il a un effet rétroactif illégal¹⁸⁸⁰ ou en tant qu'il ne comporte pas de mesures transitoires¹⁸⁸¹. En censurant un silence de l'acte, l'annulation « en tant que ne pas » présente néanmoins l'inconvénient de laisser subsister dans l'ordre juridique un acte illégal dans sa structure, auquel le juge peut remédier en fournissant à l'administration des indications parfois très précises sur les modalités d'exécution de la chose jugée¹⁸⁸².

983. Exigence de divisibilité. La mise en œuvre de cette technique permettant de « limiter la portée de l'annulation à ce qui est strictement nécessaire au respect du principe de légalité »¹⁸⁸³ est néanmoins conditionnée par le caractère *divisible* »¹⁸⁸⁴ ou « *séparable* »¹⁸⁸⁵ des éléments visés par l'annulation partielle, qu'il s'agisse de dispositions d'un acte ou de stipulations d'un contrat. A défaut pour l'acte de présenter un tel caractère, des conclusions à fin d'annulation partielle sont jugées irrecevables¹⁸⁸⁶. Le juge se refuse par ailleurs à statuer *ultra petita* en prononçant l'annulation totale d'un acte lorsque le requérant sollicite seulement son annulation partielle. Une telle solution peut favoriser la stabilité des situations juridiques en évitant de remettre en cause certains aspects d'un acte lorsqu'ils excèdent le champ des conclusions du requérant.

984. L'appréciation de la divisibilité peut reposer sur une démarche subjective, qui tient compte de l'intention des auteurs de l'acte : dans le contentieux contractuel des parties, le juge considère ainsi que les clauses qui ont eu un « *caractère déterminant* » dans la conclusion du

1880 CE, 10 février 1995, n° 78545, *Royer* ; CE, 17 mars 2004, n°225426, *Hogard* ; CAA Bordeaux, 29 avril 2019, n° 18BX01540, *Syndicat des personnels du SDIS-971-FO*.

1881 CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG* ; CE, 25 juin 2007, n° 304888, *Syndicat CFDT du Ministère des Affaires étrangères*.

1882 CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, *AJDA* 2001, p. 1046, chron. Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN.

1883 Yann AGUILA, concl. sur CE, ass., 16 décembre 2005, *Groupement forestier des ventes de Nonant*, *AJDA* 2006, p. 320.

1884 Michel-Pierre CORBEL, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA* 1972, p. 146.

1885 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 413, 7.220.

1886 CE, 21 juillet 2006, n° 267853, *Ichard*.

contrat en sont indivisibles, leur illégalité contaminant l'ensemble du contrat¹⁸⁸⁷. Une approche plus objective est privilégiée dans le contentieux contractuel ouvert aux tiers, où la divisibilité est appréciée au regard de l'économie générale du contrat ou de la nature des clauses¹⁸⁸⁸, et particulièrement dans le contentieux des actes unilatéraux afin de garantir que le juge ne réforme pas la décision de l'autorité normative¹⁸⁸⁹ : en donnant à l'acte une forme ou un sens qu'il ne possédait pas lorsque son auteur l'a conçu, l'annulation partielle comporte en effet un certain risque d'empiétement du juge sur la fonction de l'administrateur¹⁸⁹⁰. Le juge européen affirme ainsi d'une manière générale qu'il n'est « *pas satisfait à cette exigence de séparabilité lorsque l'annulation partielle d'un acte aurait pour effet de modifier la substance de celui-ci, ce qui doit être apprécié sur le fondement d'un critère objectif et non d'un critère subjectif lié à la volonté politique de l'autorité qui a adopté l'acte en cause* »¹⁸⁹¹. A cette fin, le juge administratif s'interdit de tenir compte de l'intention de l'auteur de l'acte qu'il contrôle, et apprécie la divisibilité des dispositions illégales selon deux critères qui « *présentent un caractère purement objectif* »¹⁸⁹². Il convient en premier lieu que l'acte amputé reste viable, c'est-à-dire qu'il conserve une certaine cohérence interne permettant son application : ainsi, « *sont divisibles les dispositions qui n'ont pas pour support les dispositions illégales, et qui ne procèdent pas avec celles-ci d'une logique d'ensemble formant un tout indissociable* »¹⁸⁹³. En deuxième lieu, les dispositions maintenues de l'acte doivent demeurer légales, c'est-à-dire que la suppression d'une partie de son contenu par le juge ne doit pas elle-même aboutir à la production d'un acte contraire à la légalité.

985. Au regard de ces critères, les actes réglementaires ou généraux paraissent plus susceptibles d'être divisibles que les actes individuels ou particuliers. Le contentieux de l'urbanisme fournit cependant de nombreuses illustrations de la divisibilité d'actes individuels, qui permettent d'éviter leur annulation totale. A l'occasion du recours d'un tiers contre un permis de construire, le juge peut ainsi admettre sa divisibilité, dans des conditions

1887 CE, 6 mai 1985, n° 41589, *Association Eurolat* ; CE, 1^{er} octobre 2013, n° 349099, *Société Espace habitat construction*.

1888 Tel est le cas des clauses réglementaires. Par ex., CE, sect., 8 avril 2009, n° 290604, *Association Alcaly*. La divisibilité peut aussi résulter d'un régime législatif : les clauses indemnitaires des marchés de partenariat et des contrats de concession sont réputées divisibles des autres stipulations, aux termes des art. L. 2235-3 et L. 3136-9 du code de la commande publique.

1889 Pour une critique, voir Henri BOUILLON, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, p. 217.

1890 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 88.

1891 CJUE, 6 décembre 2012, aff. C-441/11, *Commission c/ Verhuizingen Coppens*, § 38 ; voir également : CJCE, 24 mai 2005, aff. C-244/03, *France c/ Parlement et Conseil*, § 12 et 13 ; CJCE, 11 décembre 2008, aff. C-295/07, *Commission c/ Département du Loiret et Scott SA*, § 105 et 106.

1892 Henri BOUILLON, *id.*

1893 Renaud THIELE, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, p. 1357.

précisées par un arrêt *Commune de Grenoble* de 2009, au regard de « *la dissociabilité architecturale et fonctionnelle des éléments de la construction* »¹⁸⁹⁴ : le juge relève la divisibilité des éléments d'un ensemble immobilier lorsque ceux-ci lui paraissent susceptibles de faire l'objet de permis de construire distincts. La logique de cette analyse, qui concerne la divisibilité de dispositions favorables au destinataire du permis contesté par un tiers, se distingue de celle que le juge emploie pour apprécier la divisibilité des prescriptions que le permis est susceptible d'imposer à son bénéficiaire et qu'il entendrait contester lui-même. Initialement, la possibilité pour le bénéficiaire d'une autorisation de contester certaines prescriptions qu'elle pouvait comporter se heurtait à l'obstacle du principe de l'indivisibilité du permis de construire¹⁸⁹⁵, auquel la recevabilité du recours contre les prescriptions financières constituait la principale exception¹⁸⁹⁶. L'arrêt *Mme Ciaudo*¹⁸⁹⁷ de 2015 a fortement remis en cause ce principe, le Conseil d'État affirmant que « *le titulaire d'une autorisation d'urbanisme est recevable à demander l'annulation d'une ou de plusieurs prescriptions dont celle-ci est assortie* », en précisant toutefois que « *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* »¹⁸⁹⁸. Ce déplacement du « *curseur de la divisibilité* »¹⁸⁹⁹ s'accompagne par ailleurs d'une restriction des moyens opérants visant à circonscrire le débat contentieux à la seule légalité des prescriptions contestées : le bénéficiaire du permis ne peut ainsi invoquer que les moyens relatifs à leur bien-fondé ou au respect des exigences procédurales propres à leur édicition.

986. Annulation partielle d'actes non divisibles. Aux possibilités d'annulations partielles fondées sur la divisibilité de certains aspects ou de certaines prescriptions d'une autorisation d'urbanisme s'ajoute également une hypothèse d'annulation partielle prévue par l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, qui présente la particularité notable de ne pas dépendre de la

1894 *Id.*, et les références indiquées, dont notamment, à propos de la dissociabilité architecturale d'un hangar et d'une habitation autorisés par le même permis de construire : CE, 18 février 2005, n° 261171, *M. et Mme Constant* ; à propos de l'autonomie fonctionnelle d'un stade et d'un parc de stationnement, voir l'arrêt CE, sect., 17 juillet 2009, n° 301615, *Commune de Grenoble*, *AJDA* 2009, p. 2127, note Pierre SOLER-COUTEAUX, *RFDA* 2009, p. 1021, concl. Julie BURGUBURU.

1895 CE, sect., 12 octobre 1962, n° 55655, *Ministre de la construction c/ Compagnie immobilière de la région parisienne*, rec. p. 537.

1896 CE, sect., 13 novembre 1981, n° 16504, *Plunian*, rec. p. 413, concl. Daniel LABETOULLE ; CE, 8 février 1985, n° 40184, *Raballand* ; art. L. 332-7 du code de l'urbanisme.

1897 CE, sect., 13 mars 2015, n° 358677, *Mme Ciaudo*, *AJDA* 2015, p. 985, chron. Jean LESSI et Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *RDI* 2015, p. 375, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX ; *Jcp G* 2015, n° 37, doct. 955 chron. Gweltaz EVEILLARD ; *Jcp N.* 2015, n° 38, 1164 comm. David GILLIG.

1898 CE, sect., 13 mars 2015, n° 358677, *Mme Ciaudo*, précité.

1899 Jean LESSI, Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, *id.*

conception traditionnelle du critère de la divisibilité. D'après ce texte issu de la loi « ENL » du 13 juillet 2006, « lorsqu'elle constate que seule une partie d'un projet de construction ou d'aménagement ayant fait l'objet d'une autorisation d'urbanisme est illégale, la juridiction administrative peut prononcer une annulation partielle de cette autorisation. L'autorité compétente prend, à la demande du bénéficiaire de l'autorisation, un arrêté modificatif tenant compte de la décision juridictionnelle devenue définitive ». Le juge administratif, qui dans les premiers temps interprétait cette disposition comme une reprise de sa jurisprudence relative à la divisibilité des autorisations d'urbanisme¹⁹⁰⁰, a manifesté qu'il opérerait une distinction claire entre ces différentes possibilités d'annulation partielle par un arrêt *Epoux Fritot*¹⁹⁰¹. Le Conseil d'État évoque dans cette décision, d'une part, que le juge peut prononcer l'annulation partielle « en raison de la divisibilité des éléments composant le projet [de construction ou d'aménagement] litigieux », et ajoute, d'autre part, qu'il résulte de l'article L. 600-5 qu'il « peut également procéder à l'annulation partielle d'une autorisation d'urbanisme dans le cas où une illégalité affecte une partie identifiable du projet et où cette illégalité est susceptible d'être régularisée par un arrêté modificatif de l'autorité compétente, sans qu'il soit nécessaire que la partie illégale du projet soit divisible du reste de ce projet »¹⁹⁰². Cette lecture de l'article L. 600-5 opère un « télescopage des jurisprudences sur l'annulation partielle et l'annulation conditionnelle »¹⁹⁰³ : le juge prononce bel et bien une annulation cantonnée à une partie du projet, dont le reste sera maintenu¹⁹⁰⁴, mais cette annulation peut être neutralisée si une mesure de régularisation est adoptée. La mise en œuvre de cette faculté est ainsi conditionnée au caractère identifiable de la partie viciée du projet : il suffit que l'illégalité soit « physiquement localisée dans un élément du projet, voire, qu'elle soit intellectuellement isolable du reste du projet »¹⁹⁰⁵, ce qui permet de prononcer l'annulation

1900 Patrick E. DURAND, « L'annulation partielle des autorisations d'urbanisme – cinq années d'application de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme », *AJDA* 2012, p. 129.

1901 CE, 1^{er} mars 2013, n° 350306, *Epoux Fritot*, *Jcp A* 2013, n° 25, 2183 comm. Philippe BILLET ; également CE, 4 octobre 2013, n° 358401, *Andrieu et Perrée*, *AJDA* 2014, p. 180, comm. François PRIET ; *DA* 2014, n°2, comm. 16 Jean-Maternelle STAUB.

1902 Sur les conditions de cette annulation partielle, voir CE, 16 octobre 2017, n° 398902, *Association Vivre à Grenoble*, *Jcp A* 2017, n° 43-44, act. 513 Fabien TESSON : « lorsque le juge administratif décide, [sur le fondement de l'art. L. 600-5] de limiter à une partie du projet l'annulation de l'autorisation d'urbanisme qu'il prononce, il lui appartient de constater préalablement qu'aucun des autres moyens présentés devant lui susceptibles de fonder une annulation totale de cette autorisation ne peut être accueilli et d'indiquer dans sa décision pour quels motifs ces moyens doivent être écartés ».

1903 Henri BOUILLON, *id.*

1904 Mathieu LE COQ, « Annulation partielle des autorisations d'urbanisme – les réponses de la jurisprudence », *AJDA* 2014, p. 1191.

1905 Mathieu LE COQ, *id.*

partielle lorsque le vice réside dans une caractéristique propre de la construction envisagée, en l'absence de toute dissociabilité architecturale¹⁹⁰⁶.

987. En déployant ses effets habituels dans un cadre plus étroit, l'annulation partielle se présente comme une modalité de sanction de l'illégalité proportionnée à l'importance du vice entachant l'acte contrôlé. Le développement de cette technique et l'élargissement de son champ d'application, notamment en droit de l'urbanisme par le recul du critère traditionnel de divisibilité juridique, permettent d'opérer une conciliation subtile entre les exigences de la stabilité des situations juridiques et celles de la légalité.

988. Une logique semblable est perceptible dans la jurisprudence ayant donné lieu à la consécration d'un pouvoir d'abrogation dans l'office du juge de l'excès de pouvoir.

C - L'abrogation juridictionnelle, sanction subsidiaire de l'illégalité résultant d'un changement de circonstances

989. Effet utile de l'annulation et appréciation dynamique de la légalité. Par l'arrêt d'assemblée *Association des Américains Accidentels* du 19 juillet 2019¹⁹⁰⁷, le Conseil d'État a consacré une exception à la « règle cardinale »¹⁹⁰⁸ du contentieux de l'excès de pouvoir selon laquelle la légalité de l'acte litigieux est appréciée à la date de son édicition. A propos d'une décision de refus d'abroger un acte réglementaire, il a ainsi affirmé que « *l'effet utile de l'annulation* » d'un tel acte « *réside dans l'obligation, que le juge peut prescrire d'office en vertu des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, pour l'autorité compétente, de procéder à l'abrogation de cet acte afin que cessent les atteintes illégales que son maintien en vigueur porte à l'ordre juridique* ». Le Conseil d'État en déduit que, dans ce contexte contentieux, la légalité de l'acte réglementaire devait être appréciée de manière « *dynamique* »¹⁹⁰⁹, à la date de sa décision.

1906 Par ex., à propos de balcons dépassant de la bande au sein de laquelle les bâtiments devaient être implantés : CE, 1^{er} octobre 2015, n° 374338, *SCI Square de jade*.

1907 CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, 424217, *Association des Américains Accidentels*, AJDA 2019, p. 1986, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS ; RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET.

1908 Sophie ROUSSEL, « L'abrogation d'un acte réglementaire par le juge de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres*, RFDA 2022, p. 51.

1909 Mattias GUYOMAR, Pierre COLLIN, « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », AJDA 2014, p. 99 ; Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », concl. sur CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT*, RFDA 2018, p. 649.

990. Abrogation d'une décision individuelle. Ce souci de l'effet utile de la décision du juge de l'excès de pouvoir, justifiant une appréciation de la légalité de l'acte à la date à laquelle il se prononce, a progressivement amené le Conseil d'État à lui reconnaître un nouveau pouvoir d'abrogation. L'arrêt *Stassen* du 2 février 2020 en a donné la première manifestation, à propos du recours dirigé contre une décision de suspension adoptée sur le fondement du code du sport¹⁹¹⁰. La motivation rappelle en premier lieu que, « *lorsqu'il est saisi d'un recours tendant à l'annulation d'une mesure de suspension provisoire, prise à titre conservatoire sur le fondement de l'article L. 232-23-4 du code du sport, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de cette décision à la date de son édicition et, s'il la juge illégale, en prononce l'annulation* ». Elle ajoute que « *eu égard à l'effet utile d'un tel recours, il appartient en outre au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'apprécier la légalité de la décision à la date où il statue et, s'il juge qu'elle est devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation* ».

991. Abrogation des actes réglementaires. Les décisions *Association des Américains Accidentels* et *Stassen* ont ouvert la voie à l'arrêt d'assemblée *Association ELENA et autres* du 19 novembre 2021, par lequel le Conseil d'État a étendu ce nouveau pouvoir d'abrogation au contentieux des actes réglementaires. La motivation relative à l'office du juge de l'excès de pouvoir rappelle d'abord que, lorsqu'il est saisi de conclusions à fin d'annulation d'un acte réglementaire, il doit apprécier la légalité de cet acte à la date de son édicition et, s'il le juge illégal, en prononcer l'annulation. Elle ajoute que, « *saisi de conclusions à fin d'annulation recevables, le juge peut également l'être, à titre subsidiaire, de conclusions tendant à ce qu'il prononce l'abrogation du même acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicition, afin que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales qu'un acte réglementaire est susceptible de porter à l'ordre juridique* ». Dans une telle hypothèse, il appartient alors au juge de statuer « *prioritairement* » et de manière classique sur les conclusions à fin d'annulation et, s'il les rejette, d'examiner les conclusions à fin d'abrogation dont il aurait été saisi, en appréciant la légalité de l'acte à la date à laquelle il se prononce. Enfin, sur le modèle de la jurisprudence *Association AC*, l'arrêt indique que le juge peut « *eu égard à l'objet de l'acte et à sa portée, aux conditions de son élaboration ainsi qu'aux intérêts en présence, prévoir dans sa décision que l'abrogation ne prend effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine* ».

1910 CE, 28 février 2020, n° 433886, *M. Stassen*, *RFDA* 2020, p. 469, concl. Guillaume ODINET.

992. Office du juge de l'excès de pouvoir. Ces deux décisions confirment ainsi l'intégration, au sein de la « *panoplie du juge saisi d'un recours pour excès de pouvoir* »¹⁹¹¹, d'un pouvoir de sanction *ex nunc* de l'illégalité, décrit comme une abrogation. S'il relève de son office, il ne peut cependant être mis en œuvre qu'en présence de conclusions à cette fin formulées par le requérant, lesquelles revêtent un caractère subsidiaire à l'égard des conclusions tendant à l'annulation rétroactive de l'acte¹⁹¹², ce qui le distingue du pouvoir classique d'annulation partielle que le juge exerce d'office. Cette évolution institue dès lors un « *office en deux temps* »¹⁹¹³ impliquant, le cas échéant, l'appréciation dynamique de la légalité de l'acte litigieux après l'examen de sa légalité *ab initio*.

993. Justifications. Différents arguments ont été convoqués pour permettre cette extension de l'office du juge de l'excès de pouvoir. Dans l'arrêt *Stassen* et les conclusions prononcées par le rapporteur public Guillaume Odinet, la recherche d'« *effet utile* » de la décision de justice, inspirée de la décision *Américains Accidentels*, est ainsi présentée comme la justification de l'appréciation dynamique de la légalité de la mesure contestée, laquelle induit à son tour le recours à un pouvoir d'abrogation : cette sanction « *de moindre portée* » car « *ournée seulement vers l'avenir* » apparaît ainsi « *cohérente avec le constat d'illégalité* [que le juge] *ne fait qu'à la date où il statue* »¹⁹¹⁴. La référence à l'effet utile de la décision ne figure pas dans l'arrêt *ELENA*, bien qu'elle apparaisse dans les conclusions, qu'elle irrigue, de Sophie Roussel. Cette dernière fonde plutôt la proposition visant à organiser un contrôle subsidiaire de la « *légalité actuelle* » de l'acte contesté par la fonction même du recours pour excès de pouvoir : rappelant que, selon l'arrêt *Dame Lamotte*, cette voie de droit est destinée à assurer le respect de la légalité, elle s'appuie sur des préoccupations d'effectivité de l'intervention du juge pour justifier qu'il puisse exercer un contrôle de la légalité de l'acte à la lumière de nouvelles circonstances. C'est, une fois encore, l'admission d'un contrôle dynamique qui fonde la reconnaissance d'un pouvoir d'abrogation. Selon Mme Roussel, « *les exigences de sécurité juridique interdisent en effet de considérer comme nul ab initio un acte pris conformément à la légalité existant lors de son édicton* », aussi la sanction juridictionnelle de l'illégalité acquise par l'acte en cours d'existence ne pourrait-elle être qu'une « *annulation pour l'avenir, autrement dit une abrogation* ».

1911 Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, « Juger avec son temps », *AJDA* 2021, p. 2582.

1912 Le juge n'est donc pas tenu de les examiner s'il accueille les conclusions principales : v. CE, 14 juin 1972, n° 80500, *Sieur Bollecker*, rec. p. 445.

1913 Guillaume ODINET, concl. précitées sur l'arrêt *Stassen* ; Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, *id.*

1914 Guillaume ODINET, *id.*

994. Transformations. Dans la conception classique du droit et du contentieux administratifs, le pouvoir d'abrogation est envisagé comme une prérogative de l'administration ou du juge de plein contentieux¹⁹¹⁵. Alors que l'office du juge de l'excès de pouvoir se caractérisait traditionnellement par le regard vers le passé qu'il porte pour déterminer si l'acte a pu être légalement adopté et par la rétroactivité de l'annulation éventuellement prononcée, l'obtention d'un pouvoir de mettre fin à un acte pour l'avenir et en considération de circonstances postérieures atténue sa spécificité et le rapproche d'un office de pleine juridiction. Avant ces deux décisions, un pas significatif avait déjà été franchi par l'arrêt *Association AC* de 2004 lequel, en consacrant le pouvoir de moduler les effets de l'annulation, a permis au juge de l'excès de pouvoir de prononcer une forme d'« *annulation-abrogation* »¹⁹¹⁶. En dépit de la convergence des offices qui en résultait, « *l'essentiel* » de la distinction des contentieux demeurerait, dès lors que le principe selon lequel « *le juge apprécie la légalité de la décision qui lui est soumise en fonction des éléments de droit et de fait qui prévalaient à la date à laquelle elle est intervenue* »¹⁹¹⁷ n'était pas remis en cause. Les arrêts *Stassen* et *ELENA* éloignent l'office du juge de l'excès de pouvoir de cette perspective en lui attribuant explicitement le pouvoir de sanctionner certaines illégalités par une *abrogation*. Désigné dans les deux arrêts par ce terme étranger à la tradition de l'excès de pouvoir, il apparaît à la lecture des conclusions de Mme Roussel que la dénomination de ce pouvoir n'a pas été choisie sans hésitations et que les raisons de son emploi résident pour une large part dans la volonté d'une distinction claire avec « *l'annulation rétroactive* »¹⁹¹⁸. S'il faut admettre que le développement de l'appréciation dynamique de la légalité permet au juge de l'excès de pouvoir de dépasser l'annulation *ex tunc* lorsqu'il est confronté à un acte *devenu* illégal, il est permis de croire que les arrêts *Stassen* et *ELENA* auraient pu s'inscrire plus fidèlement dans l'héritage de l'arrêt *Rodière* et dans le sillon de la jurisprudence *AC* en consacrant un pouvoir d'annulation *ex nunc*¹⁹¹⁹.

995. Champ de l'abrogation. Il ressort des termes des arrêts *Stassen* et *ELENA* que « *le juge de l'excès de pouvoir sera toujours tenu de statuer sur la légalité de l'acte à la date de*

1915 Jean-Marie AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA* 1967, p. 131 ; Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, « Rétroactivité de l'annulation dans l'ordre administratif », in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, dir. Bertrand SEILLER, *Economica*, p. 53.

1916 Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, *id.*

1917 *Id.*

1918 Sophie ROUSSEL, *id.*

1919 A plus forte raison dès lors que cette sanction apparaît susceptible d'être prononcée par le juge à compter de la date identifiée de survenance de l'illégalité, laquelle, par hypothèse, peut s'avérer antérieure à celle de sa décision.

son édicition »¹⁹²⁰ et, le cas échéant, de l'annuler. S'ils modifient son office, ces deux arrêts conservent ainsi l'essence du juge de l'excès de pouvoir et maintiennent le principe de la rétroactivité de l'annulation prononcée en considération d'une illégalité initiale de l'acte. L'« *abrogation juridictionnelle* »¹⁹²¹ apparaît quant à elle comme la sanction de l'illégalité acquise au cours de l'existence de l'acte, et pourra être prononcée par le juge dans toutes les hypothèses où il sera amené, à la date de sa décision, à opérer un tel constat. Cette faculté subsidiaire d'abroger l'acte a vocation à s'étendre à mesure des progrès de l'appréciation dynamique de la légalité.

996. Actes positifs, non créateurs de droits, présentant une vocation au maintien. Les arrêts *Stassen* et *ELENA* permettent ainsi de constater qu'elle peut concerner des actes de nature différente, le premier portant sur la légalité d'une mesure individuelle de suspension provisoire et le second sur un acte réglementaire. Si le plus ancien paraît avoir retenu une solution d'espèce, tandis que le plus récent, rendu en assemblée, a donné lieu à la consécration d'une solution de portée plus générale, il semble que ce dernier « *pourrait ne constituer qu'une étape intermédiaire dans la redéfinition des contours de l'office du juge de l'excès de pouvoir* »¹⁹²². Des traits communs aux deux affaires permettent de distinguer l'horizon de cette politique jurisprudentielle. Ainsi, dans ces deux espèces, les actes litigieux présentaient le caractère d'actes positifs, opérant une modification de l'ordonnancement juridique¹⁹²³. En outre, ces actes avaient, l'un et l'autre, une certaine vocation à se maintenir dans l'ordonnancement juridique. S'agissant de l'acte réglementaire, il a été rappelé que « *son caractère général, impersonnel et permanent* »¹⁹²⁴ ainsi que sa soumission constante au principe de mutabilité exposent la légalité de son contenu aux éventuelles modifications de l'ordonnancement juridique. En dépit de son caractère non-réglementaire, la légalité de la mesure de suspension en cause dans l'affaire *Stassen* adoptée à titre conservatoire dans l'attente de la décision de la commission des sanctions de l'Agence française de lutte contre le dopage, était également soumise à l'évolution des circonstances dans le temps, et notamment à une condition de durée¹⁹²⁵. Au-delà de la distinction entre les actes réglementaires et ceux

1920 Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, *id.*, ces auteurs soulignent que « *la nouvelle faculté d'abrogation [s'ajoute] à son office classique, contrairement à la solution Américains accidentels, qui s'y substitue pour les contentieux qu'elle concerne* ».

1921 Sophie ROUSSEL, *id.*

1922 Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, *id.*

1923 Cet élément distingue particulièrement les affaires *Stassen* et *ELENA* de l'affaire des *Américains Accidentels*.

1924 Sophie ROUSSEL, *id.*

1925 L'article L. 232-23-4 du code du sport prévoit, en ce qui concerne la suspension en cause, que « *sa durée ne peut excéder celle de la durée maximale de suspension encourue par l'intéressé au titre de la violation en*

qui ne le sont pas, il semble ainsi que toute décision administrative positive, dont la légalité peut, à ce titre, être affectée par l'apparition de nouvelles circonstances au fil du temps, pourrait théoriquement faire l'objet d'un contrôle dynamique dont la sanction serait l'abrogation juridictionnelle : au contrôle de l'acte né illégal peut ainsi être adjoind un contrôle de l'illégalité acquise en cours d'existence. Par exception et eu égard aux exigences du principe de sécurité juridique, l'intangibilité des décisions individuelles créatrices de droit devenues définitives ne pourrait toutefois être remise en cause¹⁹²⁶.

997. En conférant au juge le pouvoir d'abroger un acte en considération d'une illégalité acquise en cours d'existence, le Conseil d'État paraît avoir altéré l'essence du recours pour excès de pouvoir, traditionnellement conçu comme un recours *en annulation*. Le pouvoir de sanction *ex nunc* que consacrent les arrêts *Stassen* et *ELENA*, dont les développements sont attendus, ne paraît toutefois pas destiné à concurrencer le pouvoir d'annulation ni à bouleverser l'identité du contentieux de l'excès de pouvoir dans la mesure où le Conseil d'État a sauvegardé le principe selon lequel la légalité de l'acte doit être appréciée dans les circonstances de son adoption. Le pouvoir d'« *abrogation* » d'un acte *devenu illégal*, justifié par les mêmes considérations qui impliquent l'annulation rétroactive d'un acte *né illégal*, donne ainsi une traduction contentieuse spécifique à l'argumentation tirée du changement de circonstances : de même que l'annulation partielle apparaît comme la sanction proportionnée d'une illégalité qui n'affecte pas le reste de l'acte, l'abrogation juridictionnelle permet de sanctionner l'atteinte aux règles supérieures en limitant à la censure à la période au cours de laquelle l'acte est devenu illégal.

998. Au-delà des effets qu'il produit sur la norme annulée elle-même, le jugement d'annulation peut imposer à l'autorité normative de tirer certaines conséquences. La question se pose alors de savoir si les effets de l'annulation d'un acte sont susceptibles de se répercuter sur des actes « tiers », qui gravitent autour de l'acte annulé lui-même ou qui en découlent. La jurisprudence tente à ce propos de réaliser un équilibre entre le principe de légalité et la sécurité juridique, tout en veillant à l'efficacité du jugement sans amener le juge à statuer *ultra petita*.

cause ».

1926 En ce sens, v. les conclusions de Sophie ROUSSEL, *id.* ; v. également Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, *id.* ; v. toutefois Hadi HABCHI, « Faut-il étendre la jurisprudence Association des avocats Elena France aux actes individuels non créateurs de droit ? », *AJDA* 2022, p. 1165.

§ 2 - La limitation des effets de l'annulation à l'égard des actes tiers

999. Dès lors que l'annulation rétroactive d'un acte juridique s'impose à tous avec autorité absolue, d'autres actes qu'il est possible de regrouper sous l'expression générale d'actes tiers peuvent être affectés par cette sanction, bien qu'elle ne les concerne pas directement. Qu'il s'agisse d'actes identiques à l'acte annulé ou bien d'actes subséquents, le lien qu'ils entretiennent avec lui soulève la question des effets de l'annulation à leur égard. L'*extension* de l'annulation, entendue comme *l'application de cette sanction à d'autres actes illégaux que celui visé par le recours*, peut être distinguée des *répercussions* de l'annulation, qui désigneront *les conséquences d'une annulation sur la légalité et le sort d'autres actes*. Les modalités selon lesquelles cette sanction pourra s'étendre au-delà du litige dont elle résulte dépendent fondamentalement de l'interprétation retenue de la portée de l'arrêt d'annulation. Si l'interprétation étroite généralement privilégiée s'oppose en principe à ce que des actes soient annulés lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un recours contentieux (A), l'exécution de la chose jugée par un arrêt d'annulation provoque parfois des répercussions sur des décisions définitives, sous réserve du principe de protection des droits acquis (B).

A - L'extension de la sanction limitée par l'interprétation étroite de l'arrêt d'annulation

1000. Répondre à la question délicate des conséquences de l'annulation d'un acte sur la légalité et donc la stabilité d'autres actes et situations juridiques suppose dans un premier temps de prendre position sur l'interprétation de la portée de l'arrêt d'annulation : la possibilité d'une « *interprétation large* »¹⁹²⁷ de l'annulation qui entraînerait « *la disparition immédiate, directe et implicite de tous les actes qui trouvaient [dans l'acte annulé] leur motif de droit déterminant* »¹⁹²⁸, voire de tous les actes identiques, s'oppose à celle d'une « *interprétation étroite* »¹⁹²⁹ ou « *restrictive* »¹⁹³⁰ dans laquelle ne disparaissent de l'ordre juridique que les actes visés par le dispositif. Cette dernière solution, qui privilégie la stabilité des situations à une vision maximaliste de la légalité, est majoritairement retenue en droit administratif et européen. Elle empêche que l'annulation s'étende aux actes analogues ou qui découlent d'un acte lui-même annulé et qui n'ont, pour leur part, pas fait l'objet d'un recours (1), mais permet que des conséquences de cette annulation soient tirées à l'égard d'actes non définitifs et contestés en temps utile (2).

1927 Guy BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE* 1961, p. 54 ; Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 66.

1928 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *ibid.*

1929 *Ibid.*

1930 Prosper WEIL, *id.*, p. 129.

1 - L'extension exclue de l'annulation aux actes définitifs analogues ou consécutifs à l'acte annulé

1001. Absence d'extension de l'annulation à l'égard des actes identiques. Il est exclu en règle générale que l'annulation d'un acte s'étende à d'autres actes identiques¹⁹³¹, cette notion pouvant être comprise comme désignant des actes « *différents quant à leur objet, mais affectés d'une illégalité commune* »¹⁹³². Faute de lien de dépendance entre des actes identiques, l'annulation de l'un d'entre eux n'est pas à l'origine de l'illégalité des autres. S'il est en revanche très probable qu'ils partagent les mêmes illégalités, l'autorité qui s'attache à l'annulation d'un acte, « *même si elle est absolue, ne peut s'appliquer qu'aux questions tranchées par le juge* »¹⁹³³. A cet égard, l'arrêt *AssiDomän Kraft Products* rendu par la CJCE en 1999 et une série d'arrêts du Conseil d'État belge de 1979 retiennent par des formules très similaires que l'autorité qui s'attache à un motif d'annulation ne peut s'appliquer « *au sort de personnes qui n'étaient pas parties au procès et à l'égard desquelles l'arrêt ne peut dès lors avoir décidé quoi que ce soit* »¹⁹³⁴. Le juge européen ajoute que le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'une institution doive réexaminer, « *à la lumière des motifs de l'arrêt d'annulation* »¹⁹³⁵ d'une décision individuelle, la légalité de décisions similaires non contestées et devenues formellement définitives¹⁹³⁶. Ainsi, comme le résumait le professeur Prosper Weil, « *les particuliers qui s'estiment lésés par des actes en tous points identiques à [un] acte annulé ne peuvent prétendre bénéficier de cette annulation ; ils devaient intenter eux-mêmes un recours contre les actes qui leur faisaient grief ; s'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes* »¹⁹³⁷.

1931 L'arrêt CE, sect., 4 mars 1949, *Trèbes et autres*, rec. p. 105, par lequel le juge a annulé des opérations d'intégration de fonctionnaires au sein du secrétariat d'État à la guerre, avait soulevé la question de l'extension de l'obligation de réfection des tableaux d'avancement au sein d'autres ministères. L'administration avait alors adopté une conception restrictive de cette décision en estimant qu'elle « *ne saurait en aucun cas valoir pour d'autres départements* » (cf. Prosper WEIL, *id.*, p. 129, considérant cette lecture comme la « *seule correcte* »).

1932 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 219.

1933 André JACOMET, concl. sur CE, ass., 10 décembre 1954, *Sieur Cru et autres*, S. 1955, III, p. 200, note Prosper WEIL.

1934 CJCE, 14 septembre 1999, aff. C-310/97, *AssiDomän Kraft Products AB*, § 54-55, *RTD Com.* 2000, p. 248, Sylvaine POILLOT-PERUZZETO ; Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 417, 7.226 ; voir en droit belge les références citées par Luc Donnay et Paul Lewalle à plusieurs arrêts du Conseil d'État de 1979 (not. n° 19.618, 19.619 et 19.620) dans lesquels le juge affirme que l'autorité d'un motif d'annulation ne s'applique pas « *à d'autres cas, mêmes identiques par hypothèse, ni plus particulièrement au sort réservé à d'autres personnes qui n'étaient pas parties au procès et sur la situation desquelles l'arrêt ne peut dès lors avoir décidé quoi que ce soit* » (*id.*, pp. 222-223).

1935 *Id.*, § 63.

1936 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, 2009, p. 1089.

1937 Prosper WEIL, *op. cit.*, p. 128.

1002. Possibilité d'une répercussion par le mécanisme du retrait. Si l'extension *stricto sensu* de l'annulation d'un acte à d'autres actes identiques est exclue en conséquence de l'interprétation étroite de l'arrêt et du caractère définitif des actes à l'encontre desquels le délai de recours a expiré, une forme de répercussion aux conséquences similaires demeure envisageable à travers l'exercice du pouvoir de retrait. Le droit administratif et le droit européen reconnaissent en effet aux institutions un pouvoir de supprimer leurs actes lorsqu'ils sont illégaux, conditionné moins strictement lorsqu'ils ne sont pas créateurs de droits¹⁹³⁸, qui permet en certaines circonstances leur remise en cause avec effet *ex tunc* même lorsqu'ils sont formellement définitifs au regard du recours en annulation.

1003. Obligation. Son exercice peut être une obligation pour l'administration. Le Conseil d'État a ainsi admis une exception classique mais isolée à la règle du « *statu quo* »¹⁹³⁹ des actes identiques par l'arrêt *Glou* de 1934¹⁹⁴⁰, jugeant que l'annulation d'un arrêté fixant illégalement des majorations d'ancienneté au bénéfice d'un agent « *implique un réexamen des majorations d'ancienneté accordées aux autres agents du même corps* »¹⁹⁴¹, malgré leur caractère définitif. Cette solution potentiellement génératrice d'atteintes aux droits des tiers, que Prosper Weil qualifiait d'« *arrêt de principe sur un cas d'espèce* »¹⁹⁴², trouvait sa justification dans la « *connexité* »¹⁹⁴³ des actes identiques en cause et dans l'application du principe d'égalité aux agents d'un même corps. L'article 2 du décret du 28 novembre 1983 avait entendu instituer, de manière comparable, une obligation de retrait des actes non-réglementaires identiques à un acte dont l'annulation aurait été prononcée au motif de l'illégalité du règlement en application duquel ils ont été pris. Complexe à mettre en œuvre¹⁹⁴⁴, ce mécanisme a toutefois succombé avec l'abrogation du décret¹⁹⁴⁵ et n'a pas été ultérieurement réintroduit dans les textes de codification de la procédure administrative non-contentieuse.

1938 Olivier DUBOS, Marie GAUTIER, « Actes communautaires d'exécution », p. 187, in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant.

1939 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 220.

1940 CE, 26 janvier 1934, *Glou*, rec. p. 134.

1941 Rémy SCHWARTZ, « Conséquences de l'annulation d'une décision de nomination sur un acte de titularisation subséquent », *AJDA* 1996, p. 215.

1942 Prosper WEIL, *id.*, p. 130.

1943 CE, 14 mai 1980, n° 17656, *Souarn ; a contrario*, voir CE, 13 novembre 1968, n° 74539, *Fédération des postes et télécommunications*.

1944 Herbert MAISL, Céline WIENER, Jean-Marie WOEHLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 137.

1945 Pascal COMBEAU, « Le décret du 28 novembre 1983 est mort, vive la loi ? » *AJDA* 2006, p. 1745.

1004. Faculté. En dehors de ces hypothèses, le retrait d'un acte n'est généralement pas considéré comme la conséquence obligatoire de l'annulation d'un acte identique, même lorsqu'il revêt un caractère défavorable pour son destinataire. Dans ses conclusions sur l'arrêt *AssiDomän Kraft Products*, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer avait toutefois proposé d'admettre que « *la faculté pour l'administration (en l'occurrence les institutions communautaires) de procéder, à tout moment, à un réexamen des actes imposant une charge ou infligeant une sanction* » pouvait se muer en obligation lorsqu'apparaît un « *indice d'irrégularité de l'acte définitif* »¹⁹⁴⁶ dont le destinataire solliciterait le réexamen, tel que l'annulation d'une sanction infligée à un tiers par un acte identique. Le fondement de cette obligation ne pouvait pas résider selon lui dans un « *prétendu effet ultra partes* »¹⁹⁴⁷ de l'arrêt d'annulation, cette option ne permettant pas de déroger au principe d'après lequel les actes définitifs ne peuvent plus être attaqués, mais dans des « *considérations supérieures d'équité* » face à « *la reconnaissance par l'ordre juridique d'une situation d'injustice intolérable* »¹⁹⁴⁸. L'appréciation des conséquences de cette obligation de réexamen laissait dans la conception de l'avocat général une large part aux considérations d'équité et aux appréciations subjectives, l'institution devant tenir compte de la gravité du vice, de ses effets, de la possibilité de le couvrir, du temps passé, du caractère plus ou moins manifeste de l'illégalité, ou encore de l'utilisation par le destinataire de l'acte des voies de recours dont il disposait à l'époque, le retrait ne s'imposant que lorsque le maintien de l'acte serait « *intolérable* »¹⁹⁴⁹. Le principe d'une telle obligation de réexamen fondée sur l'existence d'un indice sérieux d'irrégularité n'a pas été repris par l'arrêt de la Cour, qui a privilégié une approche orthodoxe de l'autorité de chose jugée et du pouvoir d'appréciation dont dispose l'institution pour déterminer l'opportunité du retrait d'un acte défavorable. Les solutions retenues en droit européen et national¹⁹⁵⁰ apparaissent ainsi particulièrement proches en ce qui concerne le sort des actes identiques¹⁹⁵¹.

1005. Solutions similaires à l'égard des actes consécutifs. Les arguments tirés de ce que l'autorité absolue d'une annulation ne s'étend qu'à l'acte visé par son dispositif et de ce que

1946 Damaso RUIZ-JARABO COLOMER, concl. sur CJCE, 14 septembre 1999, aff. C-310/97, *AssiDomän Kraft Products AB.*, § 45.

1947 *Id.*, § 64.

1948 *Id.*, § 48.

1949 *Id.*, § 81.

1950 Si le CRPA prévoit, en droit interne, une obligation d'abrogation des actes non réglementaires *devenus* illégaux à la suite d'un changement de circonstances (art. L. 243-2), le retrait d'une sanction est simplement envisagé comme une faculté (art. L. 243-4).

1951 Denis WAELBROECK, « L'exécution des arrêts d'annulation de la Cour de justice des Communautés européennes », *Mel. Michel Waelbroeck*, p. 709.

les actes définitifs ne sauraient faire l'objet d'un recours juridictionnel direct se transposent naturellement à la question de l'extension des effets de l'annulation d'un acte de base aux décisions qui lui sont consécutives. Il est ainsi exclu que l'annulation d'un acte suffise à emporter *ipso facto* la disparition en cascade des actes définitifs qui y trouvaient leur base légale ou leurs motifs, même s'ils se voient nécessairement fragilisés¹⁹⁵² : un tel changement de circonstances de droit affecte la légalité des actes consécutifs de sorte qu'il est non seulement envisageable d'exciper de leur illégalité à l'occasion d'un recours, mais également de rappeler en tout temps l'administration à son obligation d'abroger un acte devenu illégal¹⁹⁵³.

1006. Déclin de l'extension par la théorie de la nullité absolue. A la fin des années 1970, des arrêts demeurés isolés du Conseil d'État belge ont néanmoins semblé retenir une lecture particulièrement extensive des effets de l'annulation d'un acte de base, en admettant que des décisions subséquentes s'en trouvaient frappées de nullité absolue¹⁹⁵⁴. L'arrêt *Janssens* du 14 novembre 1978 indique ainsi qu'« *au cas où l'acte administratif annulé est un règlement ou une partie de règlement, l'annulation qui en a été prononcée doit être réputée avoir également mis à néant, de manière implicite mais nécessaire, les effets juridiques des décisions qui (...) ont été prises en application dudit règlement et trouvent dès lors leur fondement dans celui-ci* », le juge précisant même qu'il lui appartient de « *constater* » que la « *nullité* » de la mesure « *était déjà contenue, dès avant cette constatation formelle, dans l'annulation antérieure du règlement* »¹⁹⁵⁵. Le recours à la théorie de la nullité absolue favorise tant le principe de légalité sur celui de la sécurité juridique qu'il devrait rester exceptionnel. Ce raisonnement est d'ailleurs très rare, dans la jurisprudence du Conseil d'État belge¹⁹⁵⁶, et le juge semble être rapidement revenu à une solution plus orthodoxe en soulignant que « *la sécurité juridique serait compromise si la validité d'actes existants sur le plan formel*

1952 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 211.

1953 Art. L. 243-2 CRPA.

1954 Proche de la « *nullité radicale* » décrite par Gaston Jèze (*Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, p. 79), la nullité absolue pourrait être invoquée à toute époque. Elle ne rend pas l'acte simplement annulable, mais altère sa validité au point que le juge peut constater sa nullité. La nullité absolue ou radicale se distinguerait de l'inexistence sur le plan théorique dans la mesure où « *l'acte existe jusqu'à ce que la nullité ait été prononcée* » (*ibid.*).

1955 CE (Belgique), 14 novembre 1978, n° 19.250, *Janssens* ; Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, pp. 68-69 et 214-215.

1956 Les auteurs du *Manuel d'exécution des arrêts du Conseil d'État* n'identifient pas plus de trois autres arrêts adoptant ou traduisant un tel raisonnement entre 1980 et 1983 (*id.*, p. 215, cf. les arrêts n° 20.158, n° 22.882 et n° 23.428).

*et réguliers en apparence [était] mise en question sans restriction et en dehors de tout recours formé régulièrement »*¹⁹⁵⁷.

1007. Possibilité d'une répercussion par la réouverture des délais de recours. Si les actes définitifs sont ainsi abrités des conséquences que peut emporter l'annulation d'un autre acte auxquels ils sont identiques ou dont ils découlent, l'hypothèse d'une réouverture du délai de recours à leur encontre ou l'admission de la recevabilité d'un recours contre un acte confirmatif peut amener à relativiser cette protection. Le juge européen n'accepte une telle solution que de manière très stricte : « *la survenance de faits nouveaux n'entraîne généralement pas le rétablissement de l'annulabilité d'un acte administratif devenu définitivement efficace sur le plan formel* »¹⁹⁵⁸. Si le recours en annulation contre un acte confirmatif est en conséquence jugé irrecevable, un « *fait nouveau substantiel* »¹⁹⁵⁹ peut toutefois amener la Cour à considérer que l'acte n'est pas purement confirmatif, mais qu'il constitue une deuxième décision distincte de l'acte primitif et susceptible de recours¹⁹⁶⁰. Un arrêt d'annulation n'est, en revanche, pas susceptible de constituer un fait nouveau permettant la réouverture des délais de recours à l'égard des tiers qui ne sont pas « *directement concernés* » par l'acte annulé¹⁹⁶¹. L'avocat général Joseph Gand souligne très explicitement que « *la solution contraire, en permettant de remettre indéfiniment en cause des décisions adoptées et devenues définitives, nuirait à la stabilité des situations administratives, qui est une des conditions nécessaires d'une bonne administration* »¹⁹⁶².

1008. Dans la mesure où la réouverture des délais de recours contre certains actes à la suite d'une annulation heurte frontalement le principe de l'intangibilité des actes définitifs et en ce sens « *accroît la perturbation du système* »¹⁹⁶³, il semble qu'une telle institution ne puisse résulter que d'une disposition matériellement législative : tel est le cas en Belgique où la loi spéciale relative à la Cour constitutionnelle de 1989 prévoit deux hypothèses de réouverture des délais de recours consécutives à une décision d'annulation du juge constitutionnel. L'article 4, alinéa 2 prévoit au bénéfice des gouvernements la réouverture d'un délai de six

1957 CE (Belgique), 10 juillet 1990, n° 35.435, *Wambacq*.

1958 Jürgen SCHWARZE, *id.*, p. 1100.

1959 CJCE, 16 décembre 1964, aff. 109/63, *Müller c/ Commission*, rec. p. 1316.

1960 CJCE, 12 juillet 1973, aff. 28/72, *Tontodonati*, rec. p. 784.

1961 CJCE, 17 juin 1965, aff. 43/64, *Müller c/ Conseils CEE-CEEA et CECA*, aff. 43/64, rec. p. 515 ; CJCE, 8 mars 1988, aff. 125/87, *Brown c/ Cour de justice*, rec. p. 1633.

1962 Aff. 43/64, rec. p. 520.

1963 François TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison ? », in Philippe GERARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2000, p. 474.

mois à l'encontre des actes législatifs lorsque « *la Cour a annulé une norme qui avait, en tout ou en partie, le même objet et qui avait été prise par un législateur autre que celui qui a adopté la loi* »¹⁹⁶⁴. L'article 18 prévoit, quant à lui, que « *les actes et règlements des diverses autorités administratives (...) fondés sur une disposition d'une loi, d'un décret ou d'une règle (...), qui a été ensuite annulée par la Cour constitutionnelle* » peuvent à nouveau faire l'objet « *des recours administratifs ou juridictionnels organisés à leur encontre* » dans le délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt de la Cour. Si un arrêt « *fort isolé* »¹⁹⁶⁵ du Conseil d'État de Belgique a pu admettre une solution semblable à propos de l'annulation d'un acte administratif, le juge administratif a rappelé par un arrêt de 2005 « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne permet de déroger à la règle formulée à l'article 4, alinéa 3, du règlement général de procédure*¹⁹⁶⁶ *qui constitue un compromis entre les impératifs de légalité et de sécurité juridique* »¹⁹⁶⁷.

1009. C'est en revanche lorsque des actes sont attaqués dans les délais de recours que l'annulation d'un autre acte se présente comme une circonstance susceptible d'emporter leur propre annulation.

2 - L'extension permise à l'égard des actes non définitifs consécutifs à l'acte annulé par le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence

1010. Des actes identiques qui sont simplement situés en position horizontale les uns par rapport aux autres sans entretenir de lien de dépendance ne peuvent pas voir leur légalité affectée par la circonstance que l'un d'entre eux a été annulé. Cette annulation n'est pas susceptible d'être relevée d'office par le juge au nom de l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement, bien qu'il soit envisageable qu'un moyen d'ordre public constituant le motif de l'annulation soit soulevé par le juge devant lequel des actes identiques sont contestés.

1011. Mécanisme de l'annulation par voie de conséquence. L'interprétation étroite de l'arrêt d'annulation permet en revanche d'envisager que, s'ils ont été attaqués dans les délais, les actes qui découlent d'un autre acte situé en position verticale par rapport à eux et qui ont

1964 D'après l'alinéa 2, un tel recours peut également être exercé, dans le même délai de six mois, par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt lorsque la Cour, statuant sur une question préjudicielle, a déclaré que l'acte en cause violait la Constitution ; sur ce point, voir Christine HOREVOETS, « La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent ? », *Mel. Paul Martens*, 2007, p. 765.

1965 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 217, à propos de l'arrêt CE (Belgique), 13 mai 1993, n° 43.010, *Walravens*.

1966 « *Les recours visés [à l'article 14, §§ 1er et 3 des lois coordonnées] sont prescrits soixante jours après que les actes, règlements ou décisions incriminés ont été publiés ou notifiés. S'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, le délai court à dater du jour où le requérant en aura eu connaissance.* »

1967 CE (Belgique), 21 septembre 2005, n° 149.216, *Detry*.

été fragilisés par sa disparition soient annulés à leur tour. Le recours contre ces actes dérivés peut être soumis « *au droit commun du recours pour excès de pouvoir* »¹⁹⁶⁸, auquel cas leur propre annulation ne se présentera pas comme une conséquence automatique de l'annulation de leur acte de base. La théorie de l'annulation par voie de conséquence¹⁹⁶⁹ permet de conférer à leur censure un caractère « *systématique* »¹⁹⁷⁰, justifié par l'étroitesse de la relation qu'ils entretenaient avec l'acte préalablement annulé.

1012. Actes-conséquences. Pour reprendre la terminologie du professeur Weil, l'annulation d'un « *acte initial* » ou « *acte de base* » est une circonstance qui permet à elle seule d'emporter l'annulation des décisions qui constituent à son égard des « *actes-conséquences* »¹⁹⁷¹. L'acte-conséquence se caractérise par le lien particulier qu'il entretient avec un acte préalable, que des entreprises doctrinales ont proposé de systématiser en dépit de la difficulté posée par le manque d'unité de la jurisprudence¹⁹⁷². Le lien entre un acte-conséquence B et un acte initial A peut être identifié lorsque B est pris en « *application stricto sensu* »¹⁹⁷³ de A, à l'égard duquel il entretient un « *rapport de subordination* »¹⁹⁷⁴. Ce lien peut également résulter, selon le professeur Jean Gourdou, d'une situation de « *dépendance* »¹⁹⁷⁵ de l'acte B par rapport à l'acte A, laquelle peut présenter un caractère objectif ou subjectif. La dépendance objective correspond selon cet auteur au « *rapport de causalité* » que le professeur Weil identifie lorsque « *l'acte B n'aurait jamais vu le jour si l'acte A n'avait pas existé* », soit que A ait impliqué obligatoirement l'existence de B, soit qu'il en ait été « *la condition nécessaire, mais non suffisante* »¹⁹⁷⁶. La dépendance subjective, qui est la troisième situation décrite dans la classification du professeur Gourdou, correspond à une situation dans laquelle le lien entre B et A présente moins d'évidence et dépend davantage de l'appréciation du juge¹⁹⁷⁷ : même si l'acte A n'est pas la condition d'existence de l'acte B qui pourrait être adopté indépendamment, il peut apparaître au regard des circonstances de l'espèce comme l'élément déclencheur sans lequel B ne serait pas intervenu.

1968 Tel est le cas en droit belge, cf. Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *id.*, p. 210.

1969 Frédéric ALHAMA, « L'annulation des actes administratifs par voie de conséquence », *RFDA* 2022, p. 30.

1970 David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, p. 336

1971 Prosper WEIL, *id.*, p. 177.

1972 Pour un panorama, voir René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, p. 1131 et s.

1973 Jean GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse 1996, p. 36.

1974 Prosper WEIL, *id.*, p. 185.

1975 Jean GOURDOU, pp. 36-37.

1976 Prosper WEIL, *ibid.*

1977 Jean GOURDOU, *id.*, pp. 37-38.

1013. Conditions de l'annulation par voie de conséquence. Le Conseil d'État, par son avis de section *Okosun* de 2013¹⁹⁷⁸, est venu préciser les modalités de fonctionnement de l'annulation par voie de conséquence dans un « *motif de principe* »¹⁹⁷⁹ conçu pour conférer une certaine souplesse à ce mécanisme. Aux termes de cet avis, « *en raison des effets qui s'y attachent, l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, emporte, lorsque le juge est saisi de conclusions recevables, l'annulation par voie de conséquence des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte annulé ou qui sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé. Il en va ainsi, notamment, des décisions qui ont été prises en application de l'acte annulé et celles dont l'acte annulé constitue la base légale* ». La formulation retenue traduit, d'une part, la volonté du juge de conférer à l'annulation par voie de conséquence un champ plus large que celui de l'exception d'illégalité¹⁹⁸⁰, qu'il recouvre par ailleurs, et d'autre part de pouvoir apprécier de manière pragmatique et circonstanciée l'étroitesse du lien entre l'acte annulé, indifféremment de son caractère réglementaire ou non, et les « décisions administratives consécutives ». Cette notion prétorienne, « *fonctionnelle et pragmatique* »¹⁹⁸¹, se présente comme un « *écho* »¹⁹⁸² à la notion doctrinale d'acte-conséquence, et il est possible de percevoir qu'elle a vocation à saisir les mêmes types de situations. Ainsi, à travers la reprise des conditions d'opérance de l'exception d'illégalité, qui exigent que l'acte annulé soit la base légale des actes consécutifs ou que ceux-ci soient pris « pour l'application » ou « en application » de l'acte annulé, le juge rappelle que le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence peut saisir les hypothèses dans lesquelles un lien fort et évident existe entre les actes : tel est le cas des rapports de subordination ou de causalité décrits par le professeur Weil, et de certaines situations d'application *stricto sensu* ou de dépendance objective envisagées par le professeur Gourdou. Les situations dans lesquelles les décisions consécutives « *n'auraient légalement pu être prises en l'absence de l'acte annulé* » ou « *sont en l'espèce intervenues en raison de l'acte annulé* » se prêtent à davantage de souplesse, et peuvent évoquer les situations de dépendance subjective.

1014. Pour affirmer qu'une décision n'aurait légalement pu être prise sans l'adoption préalable d'une autre, le juge se livre à un « *exercice de fiction juridique consistant à*

1978 CE, avis, sect., 30 décembre 2013, n° 367615, *Okosun*, RFDA 2014, p. 76, concl. Xavier DOMINO ; AJDA 2014, p. 222, chron. Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI.

1979 Xavier DOMINO, *id.*

1980 Cf. *supra*.

1981 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

1982 *Id.*

examiner si la non-intervention de l'acte A aurait modifié l'état du droit dans des conditions telles que l'acte B n'aurait juridiquement pas pu être édicté »¹⁹⁸³. Il s'agit d'établir que le contexte juridique créé par le premier acte a permis l'adoption de l'acte consécutif : cette analyse très concrète des rapports d'implication entre les actes est illustrée notamment par l'avis *Okosun* à propos de la procédure de demande d'asile¹⁹⁸⁴, ou par un arrêt du 29 septembre 2016 relatif à l'annulation par voie de conséquence de la nomination d'un notaire¹⁹⁸⁵. L'identification des décisions « *intervenues en raison de l'acte annulé* » envisagées par l'avis *Okosun* semble reposer sur une approche encore plus souple de ce rapport d'implication entre l'acte initial et l'acte consécutif, qui peut être caractérisé en l'absence de rapport juridique de cause à effet entre les deux lorsque l'acte consécutif trouve l'un de ses motifs de fait déterminants dans l'existence de l'acte initial¹⁹⁸⁶.

1983 *Id.*

1984 Les conclusions de Xavier Domino sont révélatrices du raisonnement suivi par le juge dans cette espèce. La requérante, demandeuse d'asile, avait fait l'objet d'un refus d'autorisation provisoire de séjour (APS) opposé par le préfet de la Seine-Maritime, lequel avait amené l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) à statuer « par priorité » pour rejeter à son tour sa demande. Cette décision, susceptible d'appel non suspensif devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), avait alors permis au préfet de prendre une décision d'obligation de quitter le territoire français (OQTF) l'égard de la requérante. Si le « *dispositif de la décision [d'OQTF] n'a pas été déterminé par celui de la décision [de rejet d'APS]* », dans la mesure où l'OQTF a été prononcée par le préfet à la suite du refus de la demande formulée auprès de l'OFPRA, le rapporteur public souligne que « *l'octroi ou le refus d'APS conditionne de façon déterminante le régime juridique dans le cadre duquel l'administration prendra sa décision* » (Xavier DOMINO, *id.*), particulièrement dans la mesure où l'octroi d'une APS n'autorise pas à l'OFPRA de statuer « par priorité » et permet au requérant de bénéficier d'un recours suspensif devant la CNDA. Dès lors, le juge considère que « *seule l'intervention préalable d'un refus d'admission provisoire au séjour au titre de l'asile est de nature à conduire à la mise en œuvre de la procédure prioritaire et à permettre au préfet de prendre les décisions refusant à un demandeur d'asile le séjour et obligeant l'intéressé à quitter le territoire français avant que la [CNDA] (...) n'ait statué (...)* », et que ces décisions « *ne peuvent ainsi légalement être prises en l'absence de décision initiale refusant l'admission provisoire au séjour* ». Cette analyse permettant de caractériser que les décisions de rejet de l'OFPRA et d'OQTF sont des décisions consécutives à la décision de refus d'APS, le juge de l'excès de pouvoir doit en prononcer l'annulation par voie de conséquence dès lors qu'elles ont fait l'objet d'une contestation dans les délais. En revanche, l'exception d'illégalité serait inopérante à leur égard dans la mesure où aucune des deux ne constitue une mesure d'application du refus de l'APS.

1985 CE, 28 septembre 2016, n° 377190, *Dumas*, AJDA 2016, p. 1842. Dans cette espèce, le juge administratif considère que la décision de nomination d'un notaire C à la succession d'un confrère A intervenue à la suite du refus opposé à un candidat précédent B n'aurait pu être prise si celui-ci (B) avait été nommé en premier lieu. L'annulation de la décision refusant de nommer B implique dès lors de prononcer par voie de conséquence celle de la décision nommant C à sa place, que la contestation engagée par B a empêché de devenir définitive.

1986 Par exemple, CE, 23 décembre 2013, n° 363978, *Société Métropole Télévision (M6)* : dans cette affaire, le Conseil d'État annule l'agrément donné par le Conseil supérieur de l'audiovisuel à une opération de concentration entre les groupes Canal Plus et Vivendi Universal par voie de conséquence de l'annulation, prononcée le même jour, d'une autorisation donnée par l'Autorité de la concurrence à cette opération. Ainsi, malgré l'absence de rapport juridique entre les décisions de l'Autorité de la concurrence et du CSA, le juge administratif considère que, dans la mesure où le CSA s'est fondé sur des engagements pris par les sociétés annexés à l'autorisation accordée par l'Autorité de la concurrence relatifs à la préservation de l'accès des opérateurs à certains marchés et aux ressources publicitaires, sa décision est intervenue « *en raison* » de l'autorisation de l'Autorité de la concurrence.

1015. Caractère d'ordre public. L'avis précise qu'il appartient au juge saisi du recours contre une décision administrative consécutive de prononcer leur annulation par voie de conséquence en relevant d'office ce moyen « *qui découle de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à l'annulation du premier acte* ». Si ce procédé est « *de nature à faciliter un rétablissement rapide de la légalité, dans l'intérêt général comme dans celui du justiciable* »¹⁹⁸⁷, la sécurité juridique ne s'en trouve pas anormalement affectée dès lors qu'il « *ne fait que tirer les conséquences de l'annulation d'un acte qui n'est pas devenu définitif sur d'autres actes également attaqués* »¹⁹⁸⁸. En réaction à la transformation du régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution¹⁹⁸⁹, ce mode de raisonnement a été transposé par le Conseil d'État à la situation dans laquelle, alors qu'il était saisi par voie d'action d'un recours contre une telle ordonnance, le Conseil constitutionnel en a prononcé l'abrogation en rendant cette décision applicable à toutes les affaires non définitivement jugées : le Conseil d'État en déduit ainsi qu'il lui appartient de prononcer l'annulation rétroactive de l'ordonnance sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête¹⁹⁹⁰.

1016. Insusceptible de s'étendre à d'autres actes qui n'auraient pas été attaqués en temps utile, l'annulation ne se limite pas à une censure « morale » ou « platonique » dans la mesure où elle peut imposer à l'administration une obligation de remise en l'état au titre de l'exécution de la chose jugée. Un conflit entre les exigences de la légalité et de l'efficacité du jugement d'une part et celles de la sécurité juridique tenant à la préservation des décisions devenues définitives d'autre part peut alors émerger, bien qu'il ne se rencontre véritablement qu'en ce qui concerne les décisions définitives créatrices de droit.

B - La répercussion de l'annulation exclue à l'égard des actes créateurs de droits définitifs

1017. Au regard de l'état du droit décrit, la seule possibilité de remise en cause d'un acte définitif ne peut résider dans l'annulation juridictionnelle mais dans la mise en œuvre du pouvoir de l'administration de mettre fin par elle-même aux actes qu'elle a adoptés. L'hypothèse de l'abrogation d'un acte non créateur de droits devenu illégal ne présente pas de

1987 David BAILLEUL, *ibid.*

1988 Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, *id.*

1989 CC, 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC, *M. Sofiane A. et autre* [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire] ; CE, ass., 16 décembre 2020, n° 440258, *Fédération CFDT des Finances*.

1990 CE, sect. 26 juillet 2022, n° 449040, *UNSA Fonction publique, RFDA 2022*, p. 793, concl. Laurent CYTERMANN.

réelles difficultés, et il est également envisageable que l'administration abroge un acte créateur de droits lorsque ses conditions de validité, si elles s'apprécient dans la durée, ne sont plus remplies. La question du retrait est en revanche plus délicate. Si la jurisprudence¹⁹⁹¹ et les textes réglementaires antérieurs au CRPA¹⁹⁹² admettaient le retrait à toute époque des actes non réglementaires non créateurs de droits, cette modalité de suppression des actes ne peut désormais s'exercer, en principe, que dans des conditions strictes valables pour les actes créateurs¹⁹⁹³ et non créateurs¹⁹⁹⁴ de droits. Dans certaines circonstances, elle peut cependant se présenter comme l'instrument adéquat pour opérer la remise en l'état qu'exige l'exécution de la chose jugée.

1018. Il est vrai que l'effacement rétroactif d'un acte paraît logiquement impliquer la disparition des actes qu'il a lui-même engendrés¹⁹⁹⁵. Si le droit positif « *refuse de tirer de la rétroactivité une telle conséquence* »¹⁹⁹⁶, une conception « *maximaliste* »¹⁹⁹⁷ des obligations de remise en l'état découlant de l'arrêt d'annulation a pu être défendue par certains auteurs et retenue par la jurisprudence. Prosper Weil affirmait ainsi dans sa thèse que l'annulation d'un acte de base emportait non seulement l'obligation pour l'administration de ne plus exécuter les actes-conséquences déjà pris, mais encore de « *retirer d'elle-même* » ces actes, « *quand bien même* » auraient-ils fait acquérir des droits à des tiers¹⁹⁹⁸. Cette conception des conséquences de l'annulation se présente comme un moyen de rétablir véritablement la légalité et d'assurer le plein effet de la sanction : cet auteur souligne qu'elle deviendrait un « *acte purement platonique (...) si l'annulation du texte réglementaire n'avait aucune répercussion sur les mesures individuelles d'application* »¹⁹⁹⁹. Elle semble cependant heurter le principe posé par la décision *Dame Cachet* selon lequel les actes créateurs de droits entachés d'illégalité ne peuvent être retirés que pendant un certain délai : admettre leur remise

1991 CE, ass., 29 avril 1994, n° 112910, *Association Unimate 65*, AJDA 1994 p. 367, chron. Christine MAUGUE et Laurent TOUVET.

1992 L'article 2 du décret du 28 novembre 1983 indiquait ainsi : « *Lorsqu'une décision juridictionnelle devenue définitive émanant des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État a prononcé l'annulation d'un acte non réglementaire par un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte fait application, l'autorité compétente est tenue, nonobstant l'expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif, lorsque l'acte concerné n'a pas créé de droits au profit des tiers* ».

1993 Art. L. 242-1 CRPA.

1994 Art. L. 243-3 CRPA.

1995 Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, p. 100 et s.

1996 Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, 4^e ed., p. 267.

1997 Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, « *Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droits proches de la décision annulée* », AJDA 1997, p. 952.

1998 Prosper WEIL, *id.*, p. 188.

1999 *Ibid.*

en cause revient à considérer que les droits conférés n'ont en fait pas été acquis, voire que l'acte n'a en réalité conféré aucun droit.

1019. Des années 1950 jusqu'au milieu des années 1990, la jurisprudence du Conseil d'État a traduit sur ce point la tension entre les exigences divergentes de la stabilité des situations juridiques et de la légalité, et n'offrait pas toujours une protection satisfaisante aux droits acquis (1). C'est à partir de la fin des années 1990 que les exigences de la sécurité juridique ont conduit le juge à accorder à ces droits une protection renforcée et légitime (2).

1 - Une protection des droits acquis à l'égard des répercussions de certaines annulations initialement insatisfaisante

1020. Protection des décisions individuelles créatrices de droits définitives prises sur le fondement d'un acte réglementaire. En cohérence avec le principe d'interprétation étroite de l'arrêt d'annulation et avec sa jurisprudence relative à l'intangibilité des droits acquis, le juge administratif a refusé que l'annulation d'un acte réglementaire se répercute sur les décisions créatrices de droits intervenues sur son fondement et devenues définitives faute d'avoir été attaquées. L'arrêt *Caussidéry* de 1954²⁰⁰⁰, confirmé par l'arrêt *Quériaud* de 1960²⁰⁰¹, juge ainsi que l'annulation d'un acte réglementaire est sans effet sur les décisions individuelles adoptées pour son application et qui ont créé des droits au profit de leurs destinataires, bien qu'elles soient privées de base légale²⁰⁰². L'administration ne peut donc légalement procéder au retrait de décisions de classement et de promotion prises en application d'un arrêté fixant des conditions statutaires d'avancement, conformément au principe de l'« *intangibilité des effets juridiques des actes individuels ayant conféré des droits* »²⁰⁰³. Le juge considère par ailleurs que l'exécution du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé « *n'implique pas* » qu'il soit enjoint « *à l'administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte* »²⁰⁰⁴, dont le sort relève de litiges distincts. Cette position de principe, qui s'oppose à ce que le juge ordonne le remboursement d'une somme versée à l'administration sur le fondement d'une délibération annulée, s'écarte « *afin d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union* » lorsque

2000 CE, 3 décembre 1954, *Caussidéry*, rec. p. 640, D. 1955, III, p. 201, note Prosper WEIL. Cet auteur se montre alors critique à l'égard de « *l'extension considérable* » de la notion incertaine de droits acquis opérée par cette décision au détriment de l'autorité de la chose jugée.

2001 CE, 1^{er} avril 1960, *Quériaud*, rec. p. 246, concl. Jean-François HENRY.

2002 René CHAPUS, *op. cit.*, p. 1129.

2003 Jean-François HENRY, *id.*, p. 247.

2004 CE, sect., avis, 13 mars 1998, n° 190751, *Vindevogel*, AJDA 1998, p. 459, p. 408 chron. Fabien RAYNAUD et Pascale FOMBEUR.

l'annulation d'un acte réglementaire instituant une aide d'État illégale implique de prescrire à l'État les mesures nécessaires pour en assurer le recouvrement²⁰⁰⁵.

1021. Précarité des décisions individuelles définitives découlant d'un acte non-réglementaire annulé. Si la jurisprudence *Caussidéry* manifestait alors le souci du Conseil d'État d'éviter les « réactions en chaîne » provoquées par l'annulation « dans une préoccupation de sécurité et de stabilité juridique »²⁰⁰⁶, elle ne protégeait que les décisions individuelles créatrices de droits prises sur le fondement d'un acte réglementaire. À la même époque, la jurisprudence relative aux conséquences de l'annulation d'un acte non réglementaire sur des décisions individuelles créatrices de droits admettait en règle générale une solution contraire, dont le seul tempérament résidait dans la théorie du fonctionnaire de fait²⁰⁰⁷. Plusieurs arrêts ont ainsi souligné que l'annulation d'un acte individuel « comportait nécessairement »²⁰⁰⁸ l'obligation pour l'administration de remettre en cause des décisions créatrices de droits²⁰⁰⁹. La rétroactivité de l'annulation d'une décision évinçant un fonctionnaire implique sa réintégration, et sa réinstallation dans son poste peut ainsi exiger de retirer la nomination de son successeur : l'arrêt *Véron-Réville* de 1949 illustre très nettement

2005 CE, 15 avril 2016, n° 393721, *Association Vent de Colère*, AJDA 2016, p. 1178, chron. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET ; RTD Eur 2016, p. 326, Etienne MULLER ; RFDA 2016, p. 1040, chron. Laure CLEMENT-WILZ.

2006 Guy BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », EDCE 1961, p. 57.

2007 Gaston JEZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », RDP 1914, p. 48

2008 CE, 20 janvier 1939, *Hollender*, rec. p. 20 ; CE, ass., 27 mai 1949, n° 93122, 96949, *Véron-Réville*, rec. p. 246.

2009 Une telle obligation de procéder au retrait d'une décision créatrice de droits est parfois désignée comme constituant une « annulation par voie de conséquence », de même que l'hypothèse de remise en cause d'un acte individuel consécutive à l'annulation d'un acte identique envisagée par l'arrêt *Glon* est désignée comme une « annulation par voie de connexité » (par ex., voir les conclusions Henry sur l'arrêt *Quériaud*). Cet usage du terme d'annulation semble aujourd'hui inadéquat, faute de véritable sanction juridictionnelle (en ce sens, voir Jean GOURDOU, *op. cit.*, p. 33). L'emploi de l'expression d'annulation « par voie de conséquence » est également malheureux dans la mesure où la logique de la véritable annulation par voie de conséquence, prononcée par le juge à l'encontre d'actes-conséquences contestés dans les délais de recours, n'est pas mise en œuvre lorsqu'il s'agit de retirer un acte définitif. L'usage de cette expression pour désigner un tel procédé paraît en fait s'expliquer par l'analogie fréquente au début du XX^{ème} siècle entre l'annulation contentieuse prononcée par le juge de l'excès de pouvoir et le retrait décidé par l'autorité administrative : les verbes « annuler », « rapporter » et « retirer » paraissent interchangeables, et le retrait d'un acte par l'autorité hiérarchique peut être qualifié « annulation hiérarchique » par la doctrine (par ex., voir la note de Maurice Hauriou sur l'arrêt *Dame Cachet*, S. 1925, III, p. 9). Il n'est dès lors pas surprenant que les conclusions du commissaire du gouvernement Cahen-Salvador sur l'arrêt *Rodière* mentionnent que l'annulation de nominations « comportait implicitement l'annulation de tous les actes intervenus entre la date du pouvoir et la date de l'arrêt puisqu'elles avaient pour fondement des décisions administratives expressément annulées » (RDP 1926, p. 32), alors même que ces actes n'ont pas fait l'objet d'un recours contentieux. Il est d'ailleurs frappant de constater que le juge emploie de la même manière le terme « annulation » dans l'arrêt *Hollender* de 1939 (rec. p. 20), en indiquant que l'exécution de l'arrêt par lequel une décision de mutation a été annulée « comportait nécessairement l'obligation pour l'administration de remettre le sieur Hollender en possession du poste qu'il occupait à Colmar et, par suite, alors même qu'elle n'aurait pas été déférée au Conseil d'État, l'annulation de la décision en date du 29 juillet 1937, par laquelle ledit poste a été pourvu d'un titulaire ».

cette hypothèse, le juge indiquant que l'annulation de la mise à la retraite d'office d'un magistrat comportait nécessairement l'obligation de le réintégrer dans son emploi, et qu'à défaut d'emploi vacant « *il incombait à l'autorité compétente de provoquer cette vacance en rapportant le décret qui avait désigné le successeur du requérant* ». Sans remettre en cause cette solution, le mouvement qui a amené le Conseil d'État à adopter une position favorable aux droits acquis par l'arrêt *Caussidéry* en a atténué la portée²⁰¹⁰ : le juge se borne depuis lors à déduire de l'annulation de l'éviction d'un agent que l'administration est tenue de le réintégrer dans un emploi identique²⁰¹¹, afin de respecter les droits acquis par son éventuel successeur²⁰¹². La remise en cause d'une nomination définitive ne s'impose plus que dans des cas particuliers²⁰¹³, notamment lorsque l'agent évincé était inamovible²⁰¹⁴ ou occupait un emploi unique²⁰¹⁵. L'annulation de décisions collectives, telles que les tableaux d'avancement²⁰¹⁶ ou les listes d'aptitude²⁰¹⁷, emportait des conséquences similaires justifiées par la logique de la reconstitution de carrière : l'administration, tenue d'établir rétroactivement de nouveaux tableaux ou listes, devait également réviser toutes les promotions ou nominations intervenues sur le fondement des décisions annulées dans la mesure où leur maintien serait « *inconciliable* »²⁰¹⁸ avec le respect de la chose jugée. En raison de la connexité des situations juridiques des fonctionnaires visés par ces actes collectifs, « *le réexamen de la carrière du requérant implique inmanquablement la remise en cause des décisions prises à l'égard de ses collègues* »²⁰¹⁹, de la même manière que la jurisprudence *Glon* admet que l'annulation d'un acte individuel accordant des majorations d'ancienneté à un agent implique la révision des situations définitives que des agents du même corps tirent d'actes individuels identiques.

1022. Caducité des nominations intervenues avant l'annulation de décisions relatives à un processus de recrutement. Dans ce contexte, la jurisprudence administrative a pu déduire de l'annulation d'une décision non réglementaire s'inscrivant dans un processus de recrutement des conséquences particulièrement importantes sur des actes subséquents, comme

2010 Guy BRAIBANT, *id.*, pp. 57-58.

2011 CE, 3 janvier 1958, *Dejean*, rec. p. 3 ; CE, sect., 16 octobre 1959, *Guille*, rec. p. 316.

2012 CE, 26 mai 1950, *Dirat*, rec. p. 322 ; CE, 4 février 1955, *Rodde*, rec. p. 72.

2013 Lorsque aucun emploi identique n'est vacant (par ex., CE, 10 novembre 1967, n° 69473, *Dlle Rabdeau*), ou que la mesure d'éviction constituait un déplacement d'office (par ex., CE, 20 janvier 1939, *Hollender*, rec. p. 20 ; CE, 2 juillet 1999, n° 190474, *M. Hirsch-Marrie*).

2014 La jurisprudence *Véron-Réville* conserve donc sa portée sur cette question.

2015 CE, 1er décembre 1961, *Bréart de Boisanger*, rec. p. 676 ; CE, 14 février 2022, n° 431760, *AJCT* 2022, p. 310.

2016 CE, 11 juin 1967, *Poujol*, rec. p. 253.

2017 CE, 25 mai 1979, *Toledano-Abitbol*, rec. p. 228, *RDP* 1979 p. 1517, chron. Roland DRAGO.

2018 Par ex., CE, ass., 5 juin 1970, n° 71650, *Pusoye*, rec. p. 385.

2019 Rémy SCHWARTZ, « Conséquences de l'annulation d'une décision de nomination sur un acte de titularisation subséquent », *AJDA* 1996, p. 215.

l'illustre l'arrêt *Pelbois* de 1962 : le juge estime alors que l'annulation d'une décision ouvrant un concours de recrutement « *a rendu caduques les nominations et affectations prononcées à la suite dudit concours, encore que lesdites nominations et affectations n'aient fait l'objet d'aucun recours contentieux* »²⁰²⁰. Cette solution « *radicale* »²⁰²¹ paraît s'expliquer par la volonté du juge de garantir rigoureusement l'efficacité de l'annulation en évitant le maintien en poste de fonctionnaires nommés au terme d'un concours irrégulier. Le recours à la notion de caducité présentait un intérêt souligné *a posteriori* par le commissaire du gouvernement Péresse, en permettant au législateur d'intervenir par une loi de validation, faculté à laquelle se serait opposée la jurisprudence constitutionnelle « *si la décision avait fait l'objet d'une annulation juridictionnelle en vertu du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs* »²⁰²². Son utilisation semble être demeurée assez rare²⁰²³, et certains arrêts ont même pu révéler une volonté « *plus ou moins clairement affirmée* » de contourner son application²⁰²⁴.

1023. Sa remise en cause explicite est néanmoins intervenue assez tardivement, et son esprit a pu influencer certaines solutions retenues par le Conseil d'État jusqu'en 1995. L'arrêt de section *Mme Velluet* a ainsi jugé que l'annulation d'un arrêté de nomination en qualité de fonctionnaire stagiaire emportait « *par voie de conséquence et alors même que le délai de recours contentieux à son encontre aurait été expiré, l'annulation de l'arrêté subséquent (...) prononçant la titularisation de l'intéressée* »²⁰²⁵. Sans recourir à la notion de caducité de l'arrêt *Pelbois*, bien qu'en l'espèce l'administration avait cru devoir déclarer caduc l'arrêté de titularisation par une décision que le juge a finalement analysée comme un retrait, cet arrêt témoignait du souci du juge de pleinement « *tirer les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir d'une nomination ou des résultats d'un concours sur les décisions subséquentes* »²⁰²⁶.

2020 CE, 21 novembre 1962, *Pelbois*, rec. p. 624.

2021 Rémy SCHWARTZ, *id.*

2022 Valérie PECRESSE, « Les conséquences de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA* 1998, p. 21.

2023 Laure MILANO, « La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité », *AJFP* 2010, p. 18 ; Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, *id.*

2024 Valérie PECRESSE, *id.*, à propos de l'arrêt CE, 14 décembre 1984, n° 38194, *Colas*, par lequel le juge rejette pour tardiveté des conclusions dirigées contre des nominations prononcées au terme d'un concours pourtant annulé. Le commissaire du gouvernement soulignait toutefois « *qu'il existe une différence de nature entre l'annulation juridictionnelle d'une décision, qui la prive rétroactivement d'effet, et la constatation de sa caducité qui ne prive d'effet la décision de nomination qu'à partir du moment où l'annulation du concours devient définitive* ».

2025 CE, sect., 3 novembre 1995 n° 82096, 90883, 135073, *Mme Velluet*, *AJDA* 1996, p. 215, concl. Rémy SCHWARTZ.

2026 Rémy SCHWARTZ, *id.*

1024. Les arrêts *Pelbois* et *Velluet*, en admettant la remise en cause de décisions définitives pourtant considérées comme créatrices de droits, reposaient implicitement sur une négation de ce caractère : le commissaire du gouvernement Schwartz soulignait ainsi que « *compte tenu de la contestation puis de l'annulation de l'acte initial, acte support des nominations et de toutes les décisions prises ultérieurement* », celles-ci « *n'ont pu créer de droits* »²⁰²⁷. L'arrêt *Velluet* affirme même que le juge de première instance s'est fondé « *à tort* » sur « *le moyen tiré du caractère définitif* » de l'arrêté de titularisation de la requérante pour annuler l'arrêté prononçant son retrait. L'idée selon laquelle aucun droit ne pourrait naître d'actes annulés a déjà été exprimée par des arrêts plus anciens du Conseil d'État²⁰²⁸, et le professeur Weil estimait d'ailleurs qu'une des faiblesses de l'arrêt *Caussidéry* était de postuler que des actes individuels pris en application d'un acte réglementaire annulé avaient pu créer des droits dont le respect justifiait leur stabilité, alors que selon lui la question était « *précisément de savoir si, en dépit de l'annulation du décret de base, l'arrêté d'application pouvait être générateur de droits acquis* »²⁰²⁹. Un tel raisonnement, permettant de justifier la remise en cause d'actes en niant leur prétention à la stabilité, semble toutefois présenter l'inconvénient de soumettre le processus de création des droits à une condition extérieure à l'acte lui-même, établissant ainsi une incertitude quant au caractère créateur de droits d'actes pourtant identiques en apparence : deux nominations pourraient ainsi être considérées comme créatrices ou non créatrices de droits au regard d'un élément postérieur à l'acquisition de leur caractère définitif, si l'acte de base de l'une d'elle devait être annulé. Il apparaît ainsi que ces jurisprudences renforçaient la confusion généralement reprochée à la notion d'acte créateurs de droits, alors qu'elles auraient dû amener à préciser les conditions dans lesquelles l'exécution de la chose jugée pouvait exiger la remise en cause de droits dont l'existence est admise.

2 - Une protection des droits acquis progressivement renforcée sous l'influence de l'exigence de sécurité juridique

1025. Protection des décisions individuelles créatrices de droits définitives prises sur le fondement d'un acte non-réglementaire. C'est en 1997 que l'arrêt de section *Lugan* est venu marquer un changement d'équilibre, favorable à la stabilité des situations juridiques et au principe de protection des droits créés par des actes devenus définitifs²⁰³⁰. Abandonnant la jurisprudence *Pelbois*, le juge affirme dans cet arrêt que malgré l'annulation d'un concours,

2027 *Ibid.*

2028 CE, ass., 10 décembre 1954, *Cru*, rec. p. 659.

2029 Prosper WEIL, note précitée sur l'arrêt *Caussidéry*, S. 1955, III, p. 202.

2030 CE, 10 octobre 1997, n° 170341, *Lugan* et n° 134766, *Strasbourg FM*, AJDA 1997, p. 952, chron. Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD, *RFDA* 1998, p. 21, concl. Valérie PECRESSE.

« le caractère définitif » de nominations, « qui étaient créatrices de droit pour leurs bénéficiaires, fait obstacle à ce que le ministre (...) puisse légalement les rapporter ou les déclarer caduques ». Invité à souligner cet élément par le commissaire du gouvernement Péresse, il précise par ailleurs qu'il appartient au requérant qui espérait obtenir leur remise en cause, « s'il s'y croit fondé, de demander, en exécution de la chose jugée, réparation du préjudice résultant pour lui des fautes que constituent les illégalités dont étaient entachées les décisions » fixant les résultats du concours.

1026. Influence de la jurisprudence européenne. Les conclusions du commissaire du gouvernement mettent en lumière que ce revirement s'est appuyé sur une prise en compte des solutions retenues dans des affaires similaires par la CJCE. Une jurisprudence constante de la Cour considère en effet que l'irrégularité d'un concours n'a pas pour conséquence automatique l'annulation de l'ensemble de ses résultats, une telle sanction pouvant d'ailleurs être jugée contraire au principe de bonne administration si elle devait reposer sur un vice de procédure²⁰³¹. La Cour estime plutôt, dans l'hypothèse de l'annulation d'une épreuve, que « les droits d'un requérant sont adéquatement protégés si le jury et [l'autorité investie du pouvoir de nomination] reconsidèrent leurs décisions et cherchent une solution équitable à son cas, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause l'ensemble du résultat du concours ou d'annuler les nominations intervenues à la suite de celui-ci »²⁰³². Cette jurisprudence repose sur la nécessité de concilier équitablement les intérêts du candidat désavantagé avec la confiance légitime des candidats sélectionnés²⁰³³. Le juge doit ainsi « comparer deux types de dommage et les mettre en balance : le dommage réel subi par les candidats lésés et qui doit être réparé de manière équitable, d'une part, et le dommage potentiel que les autres candidats subirait en conséquence de la mesure de réparation envisagée, d'autre part »²⁰³⁴. Une telle appréciation des intérêts en présence a pu amener la Cour à annuler la décision d'un jury de concours « ainsi que la procédure ultérieure du concours et la nomination intervenue à sa suite »²⁰³⁵ dans une espèce où les intérêts de la requérante faisaient face à ceux d'un unique candidat concurrent, avantagé par l'irrégularité du concours.

2031 TPI CE, 5 décembre 1990, aff. T-82/89, *Marcato c/ Commission*, § 51.

2032 CJCE, 6 juillet 1993, aff. C-242/90, *Alessandro Albani c/ Commission*, § 13 ; CJCE, 14 juillet 1983, aff. C-144/82, *Detti*, § 33.

2033 Aff. C-242/90 (*Alessandro Albani*), § 14.

2034 Walter VAN GERVEN, concl. sur CJCE, 6 juillet 1993, aff. C-242/90, *Alessandro Albani c/ Commission*, rec. I. p. 3854, § 10.

2035 CJCE, 13 février 1979, aff. 24/78, *Martin c/ Commission*, § 23.

1027. En permettant généralement le rétablissement des droits des candidats lésés, le juge européen privilégie une solution pragmatique à la remise en cause des décisions subséquentes, par un raisonnement « *proche de celui que pourrait tenir le juge d'un contrat* »²⁰³⁶. Cette logique, qui avait été écartée par les conclusions de Rémy Schwartz sur l'arrêt *Velluet*, apparaît avec évidence dans la solution *Lugan* qui respecte la stabilité des nominations définitives en indiquant que le requérant demeure susceptible d'obtenir une satisfaction indemnitaire, ainsi que dans la décision *Strasbourg FM* du même jour : l'annulation d'une décision refusant l'attribution de fréquences hertziennes ne permet pas le retrait des décisions d'attributions, créatrices de droits, devenues définitives dès lors qu'elles n'ont pas été contestées ; elle implique toutefois que l'administration se retrouve saisie de la demande d'attribution, aussi pourrait-elle délivrer des fréquences encore vacantes, ou à défaut indemniser le requérant s'il établit qu'il a été privé d'une chance sérieuse de se voir attribuer une fréquence du fait de l'illégalité de la décision initiale de refus d'autorisation.

1028. Limitation de la jurisprudence *Lugan-Strasbourg FM*. Si elle traduit une « *influence modérée* »²⁰³⁷ de la jurisprudence européenne dans le raisonnement du juge administratif français, la jurisprudence *Lugan* n'a eu dans un premier temps qu'une portée relative : applicable aux nominations faisant suite à un concours externe de recrutement dans la fonction publique ou à un concours interne entraînant un changement de corps, elle coexistait avec la jurisprudence « *traditionnelle* »²⁰³⁸ du Conseil d'État relative à l'obligation de réviser rétroactivement les décisions prises sur la base de tableaux d'avancement ou de listes d'aptitude, organisant un avancement interne à la fonction publique. Cette dualité du régime de protection des actes créateurs de droits reposait sur une distinction des cas en fonction de l'existence « *au profit du bénéficiaire de l'annulation* » d'un « *droit à se voir attribuer ce qui lui avait été refusé* »²⁰³⁹, rendant le maintien de certains actes subséquents « *inconciliable* » avec l'autorité qui s'attache à l'annulation de l'acte dont ils découlent. Ainsi dès lors que les fonctionnaires bénéficient statutairement d'un droit au déroulement normal de leur carrière, l'annulation d'une liste d'aptitude ou d'un tableau d'avancement pouvait avoir pour conséquence la remise en cause des décisions consécutives, les mesures de reconstitution

2036 Rémy SCHWARTZ, *id.*

2037 Gilles PELLISSIER, « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA* 1998, n° 22, p. 6.

2038 Laure MILANO, « La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité », *AJFP* 2010, p. 18.

2039 Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, *id.*

de carrière pouvant d'ailleurs avoir des effets négatifs²⁰⁴⁰. Dans une telle hypothèse, l'annulation prononcée amène à confronter les droits statutaires du requérant à ceux que les tiers tirent de décisions créatrices de droits définitives mais illégales : ces droits acquis sur le fondement d'un acte illégal « *doivent céder lorsque l'annulation l'implique nécessairement* »²⁰⁴¹. Inversement, l'annulation d'un concours d'accès à la fonction publique n'implique pas la remise en cause des nominations intervenues à sa suite, dès lors que ni le candidat malheureux ni le lauréat ne bénéficient d'un droit à entrer dans la fonction publique qui pourrait entrer en conflit avec ceux des agents nommés, et qu'aucun principe ou texte n'impose à l'administration de pourvoir les postes mis au concours²⁰⁴². Si une analyse objective de la légalité permettait donc de déterminer le sort de l'acte contesté pour excès de pouvoir, le maintien des actes créateurs de droits qui en découlent dépendait, dans cette configuration, d'une confrontation subjective entre les droits du requérant et ceux que des tiers tiraient des décisions créatrices de droits illégales.

1029. Extension de la jurisprudence *Lugan-Strasbourg FM*. Bien que la solution *Lugan* ait été construite sur cette *summa divisio*, la subtilité de cette distinction a progressivement amené le juge à en étendre le champ d'application, privilégiant d'une manière générale la préservation des droits acquis à la confrontation des droits. Un arrêt *Fabre* de 2004 est ainsi venu juger que l'annulation d'une liste d'aptitude n'impliquait pas l'obligation pour l'administration de retirer les nominations intervenues à sa suite²⁰⁴³, et cette solution a été progressivement transposée au cas de l'annulation d'un tableau d'avancement²⁰⁴⁴. La jurisprudence *Mme Velluet* paraît également avoir été abandonnée dans le même mouvement²⁰⁴⁵. Cette généralisation de la jurisprudence *Lugan*, qui « *tend à privilégier l'équité sur la légalité* »²⁰⁴⁶, rapproche d'autant plus la jurisprudence administrative interne de celle du juge européen.

2040 Par ex. : CE, 4 février 1955, *Sieur Marcotte*, rec. p. 70 ; CE 14 juin 1967, n° 61742, *Poujol*, rec. p. 253 ; CE, 25 mai 1979, *Toledano-Abitbol*, rec. p. 228 ; CE 24 juin 1991, n° 101046, *Ministre des postes, des télécommunications et de l'espace c/ Pillet*.

2041 Thierry-Xavier GIRARDOT, Fabien RAYNAUD, *id.*

2042 CE, 8 juin 1990, n° 106309, *Rougerie*, *AJDA* 1990, p. 892, note Jean-Marie BRETON ; CE, 10 octobre 1997, *Lugan*, dans lequel le juge assimile un concours permettant aux maîtres de conférences d'accéder au corps des professeurs d'université à un concours d'entrée dans la fonction publique ; CE, 10 octobre 1997, *Strasbourg FM*, pour une solution comparable en matière de concours à l'attribution de fréquences radiophoniques.

2043 CE, 10 mars 2004, n° 235686, *Fabre*, *AJDA* 2004, p. 1495.

2044 CAA Lyon, 10 juin 2008, n° 07LY02144, *Chiarelli*, *AJDA* 2008, p. 1974 ; CE, 24 juillet 2009, n° 303870, *Orfeuil*, rec. T. 803 ; CE, 27 avril 2011, n° 326936, *Rouzet*, *AJDA* 2011, p. 2139, Jean-Maternelle STAUB.

2045 CAA Nancy, 1^{er} décembre 2005, n° 01NC00690, *Gelin*, *AJDA* 2006, p. 509 ; *Jcp A* 2006, n° 22, 1119, chron. Daniel GILTARD et Benoît PLESSIX.

2046 Laure MILANO, *id.*

1030. Emploi unique. Le caractère « *attractif* »²⁰⁴⁷ de cette jurisprudence s'est néanmoins heurté à la limite traditionnelle de l'hypothèse de l'emploi unique : le Conseil d'État considère toujours que l'annulation d'une mesure évinçant un fonctionnaire implique, lorsqu'il occupait un emploi unique, de le réintégrer en retirant la nomination, même régulière, de son successeur²⁰⁴⁸. Le rapporteur public Bertrand Dacosta avait pourtant suggéré d'étendre la jurisprudence *Lugan* à cette configuration, de telle sorte que la nomination du fonctionnaire successeur ne pourrait être remise en cause qu'à la condition d'avoir été contestée dans le délai de recours. Il est vrai que, dès lors que ni l'annulation d'un concours ni celle d'un tableau d'avancement ou d'une liste d'aptitude n'impliquent la remise en cause des nominations subséquentes, les hypothèses maintenant une solution inverse se présentent comme une « *anomalie juridique* »²⁰⁴⁹. Le rapporteur public soulignait par ailleurs qu'un système dans lequel il appartiendrait au fonctionnaire évincé de contester dans les délais la nomination de son successeur présentait à plusieurs égards les avantages de la simplicité et de l'efficacité. Soumettre la remise en cause de la nomination, créatrice de droits, à l'exercice d'un recours contentieux serait une solution cohérente autant pour le fonctionnaire évincé que pour l'agent nommé à sa place. Le premier ne devrait pas accomplir un « *effort insurmontable* »²⁰⁵⁰ pour indiquer qu'il entend non seulement être réintégré, mais aussi être réinstallé précisément dans son poste, d'autant qu'il serait envisageable que l'annulation de l'éviction puisse justifier l'annulation par voie de conséquence de la nomination. Le risque qu'il engage de manière systématique un tel recours à titre conservatoire, qui ne semble pas s'être concrétisé dans les hypothèses où la jurisprudence *Lugan* s'applique²⁰⁵¹, paraît en toute hypothèse pouvoir être compensé par la capacité de l'administration de renommer le successeur au poste s'il était laissé vacant. Dans un tel système, ce dernier bénéficierait d'ailleurs de davantage de prévisibilité, en étant sûr de la stabilité de sa nomination si elle n'a pas été contestée dans le délai. La réduction du risque d'une contestation à toute époque impliquée par l'arrêt *Czabaj* vient aujourd'hui atténuer une limite importante à la solution proposée par Bertrand Dacosta, tenant à ce qu'une publicité défailante exposait perpétuellement la nomination à un recours contentieux.

2047 Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, « Conséquences de l'annulation d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire sur la nomination de son successeur », *AJDA* 2009, p. 822.

2048 CE, 8 avril 2009, n° 289314, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle*, *AJDA* 2009, p. 822, chron. Sophie-Justine LIEBER et Damien BOTTEGHI.

2049 Bertrand DACOSTA, concl. sur CE, 8 avril 2009, n° 289314, *Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle* (inédites).

2050 *Id.*

2051 *Id.*

1031. Le Conseil d'État semble cependant avoir tenu à ne pas organiser un tel système, reposant sur la contestation par le fonctionnaire évincé de la nomination de son successeur : s'il admet sur le fondement de sa jurisprudence classique que l'annulation de l'éviction suffit par elle-même à réintégrer l'agent dans son poste, il exige par ailleurs que la nomination du successeur et l'éviction soient « *indivisibles* »²⁰⁵² pour caractériser l'intérêt à agir du fonctionnaire évincé contre la mesure de nomination. En freinant de la sorte l'extension de la jurisprudence *Lugan*, le Conseil d'État marque une forme de fidélité aux principes qui déterminent traditionnellement les conséquences de la chose jugée, qui apparaît anachronique au regard de l'évolution générale favorable à l'intangibilité des nominations définitives, et qui maintient un état du droit incohérent dans lequel les droits créés par des décisions de nomination définitives ne sont pas également protégés face à l'exécution de la chose jugée²⁰⁵³.

1032. Stabilité des décisions créatrices de droits devenues définitives. Sous cette réserve, la question de l'effet sur des décisions individuelles de l'annulation d'un acte connaît désormais des réponses plus cohérentes. La généralisation de la jurisprudence *Lugan*, qui traduisait en 1997 une « *revalorisation des droits subjectifs* »²⁰⁵⁴, confère aux actes créateurs de droits découlant d'un acte non réglementaire une protection pratiquement équivalente à celle dont bénéficient depuis les années 1950 les actes créateurs de droits consécutifs à un acte réglementaire sur le fondement de la jurisprudence *Caussidéry*. Ce mouvement jurisprudentiel renforce indéniablement la stabilité des situations juridiques, au détriment des intérêts des tiers qui espéreraient voir le juge et l'administration tirer toutes les conséquences d'une conception rigoureuse du principe de légalité²⁰⁵⁵. L'affaiblissement de la protection des tiers, s'il est réel, doit toutefois être mesuré : si l'annulation d'un acte de base ne permet plus le retrait des décisions définitives intervenues à sa suite, le tiers qui tiendrait à en obtenir la remise en cause peut généralement engager un recours à leur encontre. Cette exigence paraît se justifier par la prise en compte du caractère créateur de droits de ces décisions individuelles comme une donnée de l'équilibre entre stabilité et légalité. Par ailleurs, l'annulation des actes de base, notamment lorsqu'il s'agit de décisions précédant des nominations, ne se réduit pas à une sanction platonique : elle conserve un intérêt pour le requérant lorsqu'il « *déplace la*

2052 Les mesures d'éviction et de nomination peuvent être considérées comme « *indivisibles* » lorsque la nomination est « *directement à l'origine* » de l'éviction (cf. Sophie-Justie LIEBER, Damien BOTTEGHI, *id.*).

2053 CE, 14 février 2022, n° 431760, *AJCT* 2022, p. 310.

2054 Gilles PELLISSIER, *id.*

2055 Elise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA* 2013, p. 285.

discussion sur le terrain indemnitaire »²⁰⁵⁶. Les demandes tendant à la suspension d'un acte de base peuvent également se présenter comme un moyen de bloquer le processus de création des droits auxquels l'exécution de la chose jugée ne pourra généralement plus s'opposer lorsqu'ils seront définitifs.

1033. Effets de l'annulation et équilibre entre légalité et sécurité juridique. La définition des effets et de la portée de l'annulation traduit indéniablement la recherche d'une conciliation des implications de la sécurité juridique et du principe de légalité. Ce dernier, qui exige la suppression de l'acte illégal et le rétablissement de l'état du droit antérieur à son intervention, est satisfait par l'effet rétroactif et l'autorité absolue du jugement d'annulation. L'illégalité doit disparaître entièrement de l'ordre juridique, ce qui n'implique d'ailleurs pas nécessairement l'anéantissement de l'ensemble de l'acte lorsque l'illégalité n'affecte qu'une partie divisible du reste : l'annulation partielle traduit très clairement cette conciliation des objectifs de protection de la légalité et de la stabilité des situations, en permettant une sanction à la fois efficace et proportionnée de l'irrégularité constatée par le juge. Cet équilibre des valeurs se retrouve en périphérie du litige ayant amené le juge à prononcer l'annulation d'un acte lorsqu'il s'agit de mesurer les répercussions de cette sanction dans l'ordre juridique : le principe de légalité implique que les conséquences de la disparition d'un acte de base sur des décisions subséquentes soient tirées, en permettant leur suppression. Lorsqu'elles ont fait l'objet d'un recours contentieux, leur annulation par voie de conséquence est une solution évidente, conforme au principe de légalité comme au principe de sécurité. Quand tel n'est pas le cas et qu'elles n'ont pas créé de droits, leur abrogation se présente également comme une solution satisfaisante au regard du principe de légalité, et qui ne heurte pas le principe de sécurité. En revanche, quand des décisions ayant conféré des droits à leurs destinataires sont devenues définitives faute d'avoir été contestées, il semble logique que le principe de légalité s'incline face à celui de la sécurité juridique : leur remise en cause doit être écartée, ce qui ne s'oppose pas à ce que certaines conséquences, notamment indemnitaires, soient tirées de leur illégalité.

1034. Si le principe de légalité est d'application permanente, les conséquences que le juge doit déduire du constat d'une illégalité doivent en effet varier en fonction du paramètre essentiel de l'écoulement du temps. Les mécanismes de constat incident de l'illégalité d'un acte, parmi lesquels l'exception d'illégalité, témoignent ainsi d'une même recherche

2056 Jean-Mateme STAUB, *id.*

d'équilibre entre la nécessité de sanctionner l'illégalité et de préserver la stabilité des situations juridiques consolidées par le temps.

Section 2 - Les effets mesurés du contrôle incident

1035. Les mécanismes de contrôle incident permettent le constat de l'illégalité de certains actes en dehors de toute considération de délai. Celui-ci appelle, selon les hypothèses, la *déclaration* de l'illégalité, de l'inconstitutionnalité ou de l'invalidité de l'acte en cause. Si un tel état de l'acte juridique est de nature à provoquer son annulation lorsqu'il a été contesté dans les délais devant le juge compétent, il n'en va pas de même lorsqu'il est contrôlé par voie d'exception. Les effets produits par la déclaration de l'illégalité *lato sensu* d'un acte sont plus mesurés et plus respectueux de la stabilité des situations juridiques que ceux de l'annulation, dans la mesure où elle implique simplement son inapplicabilité au litige en cours, mais pas sa disparition de l'ordre juridique (§ 1). Bien que l'acte reste en vigueur, la déclaration d'illégalité ne se limite pas à une sanction morale : l'application future de l'acte est paralysée, et les conséquences de son illégalité doivent être tirées par les autorités compétentes (§ 2).

§ 1 – L'inapplicabilité dans le litige d'un acte illégal maintenu dans l'ordre juridique

1036. L'exception d'illégalité et les questions préjudicielles permettent au juge d'opérer, « *par voie incidente, ce qu'un recours direct fondé sur des moyens de droit objectif déclenche, un contrôle de la conformité ou de la non-contrariété à la norme supérieure au sein du bloc de légalité* »²⁰⁵⁷. En droit de l'Union européenne, cette identité du contrôle est d'ailleurs soulignée par le traité : les stipulations du traité de Rome affirmaient déjà clairement que les moyens invocables par exception étaient ceux prévus pour le recours en annulation, et l'article 277 TFUE n'indique pas autre chose en renvoyant aujourd'hui aux moyens visés par l'article 263. Il a pu être soutenu que la notion de « validité » mentionnée par le traité à propos du renvoi préjudiciel n'était pas parfaitement équivalente à celle de « légalité » évoquée à propos du recours en annulation²⁰⁵⁸, mais la Cour admet de longue date qu'elle recouvre autant la régularité externe que la régularité interne des actes, aussi peut-elle examiner les mêmes moyens dans tous ces mécanismes²⁰⁵⁹.

2057 Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, p. 24.

2058 Cette thèse a notamment été soutenue par le gouvernement fédéral allemand dans l'affaire *Internationale Crediet- en Handelsvereniging Rotterdam e.a. / Minister van Landbouw en Visserij* (CJCE, 18 février 1964, aff. C-73 et 74/63), sur le fondement de la théorie allemande de la validité des normes.

2059 Liliane PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, LGDJ, 1975, pp. 246-248 ; Marie GAUTIER, François-Vivien GUIOT, « Union européenne », in *L'acte administratif à portée générale et son contrôle juridictionnel*, dir. Benoît DELAUNAY, *op. cit.*, pp. 163-164.

1037. Si la nature du contrôle ne varie pas, sous réserve en droit interne des restrictions relatives à certains moyens évoquées précédemment, il convient pourtant d'admettre que « *par son objet même, l'exception ne saurait produire les effets de l'action* »²⁰⁶⁰. Au nom de la stabilité des situations, les conséquences du constat incident de l'illégalité sont ainsi distinguées de celles de l'annulation : elles se limitent généralement à emporter l'inapplicabilité de l'acte illégal dans le litige (A). Dans certaines hypothèses, des considérations de technique et d'opportunité amènent toutefois la jurisprudence à admettre une forme d'assimilation des effets de la déclaration incidente d'illégalité à celles d'une annulation, qui produit naturellement le rétablissement du droit antérieur (B).

A - Une sanction aux effets distingués de ceux de l'annulation

1038. Distinction des effets du constat de l'illégalité par voie d'action et d'exception. Contrairement au contrôle de légalité opéré par voie d'action, le contrôle par voie d'exception n'a généralement pas pour fonction de déterminer le sort de l'acte en cause : il s'agit simplement d'apprécier sa légalité et de tirer les conséquences de son illégalité éventuelle sur le litige au principal. Par ailleurs, tandis que le recours par voie d'action est enserré dans un délai bref, le contrôle par voie d'exception est susceptible de porter sur un acte définitif et dont les effets sont tenus pour stables. Ces circonstances s'opposent à une assimilation des effets de ces deux modes de contrôle : par voie d'exception, l'annulation n'est pas demandée au juge et elle ne saurait l'être²⁰⁶¹ ; le juge peut seulement déclarer l'illégalité de l'acte, qui persiste dans l'ordre juridique. La solution contraire, qui permettrait la disparition rétroactive d'un acte définitif au terme d'une contestation par voie d'exception, « *ruinerait complètement la règle des délais de recours* »²⁰⁶² et « *entraînerait une instabilité considérable des rapports juridiques* »²⁰⁶³.

1039. Seuls certains systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois admettent la suppression définitive d'un texte dont la contrariété à la Constitution est révélée par voie incidente, mais cette possibilité doit alors être assortie de mécanismes protecteurs de la sécurité juridique. La Cour constitutionnelle fédérale allemande peut ainsi constater la nullité *ipso jure* d'une loi par voie préjudicielle comme par voie d'action, mais peut moduler l'effet

2060 Bertrand SEILLER, « Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnement juridique », *RFDA* 2014, p. 721.

2061 *Id.*

2062 Didier BOUTET, « Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité », *RDP* 1990, p. 1739.

2063 Gustave PEISER, « Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception », *Mel. Auby*, p. 279.

temporel de cette sanction pour préserver la sécurité juridique²⁰⁶⁴. Lorsque la Cour constitutionnelle belge déclare une loi inconstitutionnelle par voie préjudicielle, un recours en annulation peut de nouveau être formé à son encontre dans le délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt²⁰⁶⁵. Il lui est alors possible d'annuler la loi en modulant, si nécessaire, l'effet rétroactif de sa décision²⁰⁶⁶. En France, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité implique, conformément à l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution, l'abrogation de la loi, qui disparaît définitivement de l'ordre juridique, mais avec un simple effet *ex nunc* qui peut d'ailleurs également faire l'objet d'une modulation temporelle.

1040. Inapplicabilité *inter partes*. Si elle n'implique pas l'anéantissement rétroactif de l'acte, la déclaration incidente de sa contrariété à aux normes supérieures le rend toujours inapplicable dans le litige : la sanction de l'inapplicabilité *inter partes* de l'acte dont l'illégalité est constatée par voie d'exception est une conséquence logique que l'ensemble des systèmes juridiques européens déduisent du mécanisme de l'exception d'illégalité des actes administratifs²⁰⁶⁷, et il en va de même en droit de l'Union européenne en ce qui concerne les actes des institutions²⁰⁶⁸. Elle provoque mécaniquement la chute des décisions fondées sur l'acte inapplicable et dont la légalité a été directement contestée. L'abrogation de la loi consécutive à la déclaration de son inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC peut provoquer des conséquences tout à fait similaires²⁰⁶⁹ : ainsi, lorsque cette abrogation prend effet immédiatement, elle n'entraîne pas implicitement l'abrogation des actes pris pour l'application de la loi, mais permet au juge administratif saisi du litige au principal de les annuler pour défaut de base légale²⁰⁷⁰.

2064 Olivier JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA* 2004, p. 676.

2065 Louis VANSNICK, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Belgique », *AJJC*, 23-2007, p. 29.

2066 Art. 8, al. 3 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle : « Si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ».

2067 Michel FROMONT, *id.*, p. 282 ; Benoît DELAUNAY, « Rapport général » in *L'acte administratif à portée générale et son contrôle juridictionnel*, p. 22.

2068 Sean VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, op.cit., p. 102 ; Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003, p. 685.

2069 Gilles PELLISSIER, dossier 235 « La question prioritaire de constitutionnalité » (juin 2018) in *Dalloz professionnels Pratique du contentieux administratif*, n° 253-1270.

2070 CE, 30 mai 2018, n° 400912, *Mme Schreuer*, *AJDA* 2018, p. 1127 ; *DA* 2018, n° 11, comm. 54 Gweltaz EVEILLARD.

1041. Absence de remise en vigueur du droit antérieur. Selon le juge administratif, l'inapplicabilité consécutive à la déclaration d'illégalité n'emporte pas, en principe, la résurgence du droit antérieur abrogé par l'acte déclaré illégal, comme le ferait une annulation. Le Conseil d'État a retenu cette solution orthodoxe par l'arrêt *Bargain* du 18 janvier 1980²⁰⁷¹. Dans cette espèce, le juge s'interrogeait sur la possibilité que la déclaration d'illégalité d'un décret de 1969, imposant notamment aux agents diplomatiques d'obtenir une autorisation de l'administration pour se marier avec une personne étrangère, ait pour conséquence de rétablir un décret de 1951 qu'il avait abrogé. Le commissaire du gouvernement Bacquet avait souligné que l'éventuelle remise en vigueur de ce décret de 1951 n'aurait pas rencontré d'obstacle²⁰⁷² : si le décret de 1969 était illégal dans la mesure où l'obligation qu'il comportait relevait du domaine législatif au sens de l'article 34 de la Constitution de 1958, l'entrée en vigueur de ce texte constitutionnel n'avait pas emporté l'abrogation des règlements antérieurs relevant, depuis, de la compétence du législateur. La solution préconisée par M. Bacquet et alors retenue par le Conseil d'État consistait néanmoins à distinguer les effets de l'annulation et ceux de la déclaration d'illégalité, celle-ci permettant « *seulement de paralyser l'application d'un acte réglementaire, dans un litige donné, à l'égard d'une mesure prise en application de cet acte* », qui demeure dans l'ordre juridique, et pas de faire « *revivre les dispositions du texte précédent, cette opération supposant la disparition de l'acte postérieur qui l'a abrogé* »²⁰⁷³.

1042. La logique « *imparable* »²⁰⁷⁴ de l'arrêt *Bargain* admet toutefois, dans plusieurs circonstances, l'application des règles de droit antérieures qui ont été écartées par l'acte déclaré illégal, de telle sorte que l'acte attaqué peut y trouver un fondement afin d'échapper à l'annulation. L'instabilité produite par la déclaration d'illégalité s'en trouve également diminuée.

B - Une sanction aux effets partiellement assimilés à ceux de l'annulation

1043. Rétablissement de la loi non-abrogée par le décret déclaré illégal. L'arrêt *Ordre des architectes* de 1981²⁰⁷⁵ envisage ainsi le cas assez particulier où un règlement avait entendu abroger un texte de valeur législative. Dans cette affaire, l'ordre des architectes contestait la

2071 CE, ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, AJDA 1980, p. 91, chron. Yves ROBINEAU et Marc-André FEFFER.

2072 V. en ce sens les citations des conclusions du commissaire du gouvernement Bacquet dans la chronique d'Yves Robineau et de Marc-André Feffer, *id.* p. 92.

2073 Yves ROBINEAU, Marc-André FEFFER, *ibid.*

2074 Henri TOUTEE, « Le régime de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme », RFDA 1991, p. 149, concl. sur CE, sect., 8 janvier 1990, ASSAUPAMAR.

2075 CE, ass., 29 avril 1981, n° 12851, *Ordre des architectes*, ADJA 1981, p. 429, note Bruno GENEVOIS.

compétence du gouvernement, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, pour procéder par décret à des modifications des règles de passation des marchés publics des collectivités locales. Pour rejeter le recours, le Conseil d'État avait néanmoins estimé que deux textes législatifs, qui conféraient antérieurement à 1958 une telle compétence au pouvoir exécutif, pouvaient s'appliquer bien que deux décrets de 1960 et 1966 aient paru les abroger : il est relevé, au regard de la nature législative des textes, qu'ils « *n'ont pu légalement être abrogés* » par ces actes réglementaires. Le rétablissement de l'applicabilité de ces textes permettait ainsi d'affirmer la compétence du gouvernement et de préserver la stabilité des décrets litigieux et des situations qu'ils concernaient.

1044. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal des conflits considère que des règles législatives de répartitions des compétences juridictionnelles ne peuvent avoir été modifiées par les dispositions d'une ordonnance non ratifiée, qui excédaient les limites fixées par la loi habilitation²⁰⁷⁶ : celles-ci doivent très logiquement être écartées par le juge au profit des dispositions originelles de la loi. Dans toutes ces hypothèses, les actes réglementaires illégaux « *s'effacent* »²⁰⁷⁷ pour permettre l'application des règles antérieures, comme s'ils n'étaient jamais intervenus pour les abroger ou les modifier, aussi le juge a-t-il paru se distancier de la logique de l'arrêt *Bargain* en conférant à la déclaration d'illégalité des effets comparables à ceux de l'annulation.

1045. Cette solution a pu être présentée comme la conséquence d'une lecture particulière, ayant « *vocation à acquérir une portée générale* »²⁰⁷⁸, des effets de la déclaration d'illégalité d'un acte *en tant qu'il a illégalement abrogé* une règle antérieure : selon Bruno Genevois, son inapplication s'étendrait alors jusqu'à son effet abrogatif, ce qui permettrait à une règle qui n'aurait pas dû être abrogée de revivre²⁰⁷⁹. Cette résurrection présentait alors l'avantage sur la jurisprudence *Bargain* « *d'éviter la création de façon artificielle de vides juridiques* » face auxquels l'administration se verrait « *privée de la possibilité d'appliquer toute règle de droit jusqu'à l'édition d'une norme nouvelle légalement prise* »²⁰⁸⁰. La coexistence, qu'elle implique, de la règle récente avec la plus ancienne ne provoquait pas de difficulté dans la mesure où elles ne sont pas co-applicables, dès lors que l'interdiction faite à l'administration d'appliquer une règle illégale lui permet seulement de faire application du texte antérieur.

2076 TC, 20 octobre 1997, n° 03032, *Albert*.

2077 Jean GOURDOU, *id.*, p. 172.

2078 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1117.

2079 Bruno GENEVOIS, *id.*, p. 433.

2080 *Ibid.*

Enfin, cette solution ne permettait pas d'obtenir les effets de l'annulation au-delà du délai de recours, dans la mesure où « *la décision constatant l'illégalité d'un texte par la voie de l'exception n'a, en principe, que l'autorité relative de la chose jugée et ne vaut que pour les parties au litige* »²⁰⁸¹.

1046. Cette thèse se heurtait cependant à la nature des conséquences de la déclaration d'illégalité : comme le souligne le professeur Bertrand Seiller, « *par cela seul que la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte, elle ne le fait en aucun de ses traits. De ce fait, la déclaration d'illégalité de l'abrogation ne touche pas à l'existence de l'acte lui-même, qui seule empêche la résurrection du droit antérieur* »²⁰⁸². La solution de l'arrêt *Ordre des architectes* conserve donc une portée relative, limitée au cas dans lequel un règlement a prétendu abroger une loi, et s'explique en fait par la circonstance que cette dernière n'a été abrogée qu'en apparence, par un acte incapable de produire un tel effet au regard de sa position hiérarchique. Il paraît en effet difficilement concevable qu'un acte réglementaire ait le pouvoir de défaire un acte législatif : celui-ci « *n'a en réalité jamais disparu* »²⁰⁸³, mais se trouvait éclipsé par le règlement illégal tant qu'il s'appliquait. La déclaration d'illégalité de l'acte réglementaire ne le fait pas disparaître, mais sa mise à l'écart du litige révèle par « *transparence* »²⁰⁸⁴ que la loi a survécu, et non ressuscité. À supposer que l'entrée en vigueur d'un règlement intervenant matériellement dans le domaine de la loi ait eu pour effet d'en abroger les dispositions, comme peut le signifier la formulation de l'arrêt *Ordre des architectes*, sa solution trouverait encore une explication convaincante dans l'application implicite de la théorie de l'inexistence²⁰⁸⁵ : l'illégalité particulièrement grave d'un acte entaché d'incompétence qui, par ailleurs, « *remet en cause la séparation des pouvoirs* »²⁰⁸⁶ permet de le considérer comme nul et non avenu. Ce constat, qui peut être opéré à toute époque et que le juge peut réaliser d'office, conduit mécaniquement à faire disparaître l'acte : « *rien ne s'oppose donc à ce que la loi qu'il abrogeait soit considérée comme applicable puisque la déclaration d'illégalité ne fait alors pas revivre le droit abrogé mais permet seulement d'appliquer le droit non abrogé* »²⁰⁸⁷. En toute hypothèse, il convient donc d'admettre que

2081 *Id.*, p. 434.

2082 Bertrand SEILLER, *id.*

2083 *Ibid.* ; dans le même sens, Jean GOURDOU, *id.*, p. 178.

2084 Antoine LOUVARIS, *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1160 « Exception d'illégalité », § 138.

2085 Henri TOUTEE, *id.* ; Bertrand SEILLER, *id.* ; Jean GOURDOU, *id.*, p. 176.

2086 Bertrand SEILLER, *id.*

2087 *Ibid.*

l'application d'un texte législatif antérieur au règlement déclaré illégal est permise car ce texte *n'a pu être abrogé*.

1047. Rétablissement des règles supplétives écartées par l'acte déclaré illégal. Il est dès lors tout à fait naturel que la déclaration d'illégalité d'un acte permette l'application d'un texte antérieur lorsque celui-ci *n'a pas été abrogé*, mais qu'il était simplement mis « *entre parenthèses* »²⁰⁸⁸ par l'acte illégal. Cette solution, qui trouve ses prémices dans un arrêt *Commune de Trelissac* de 1987²⁰⁸⁹, est explicitée par les conclusions du commissaire du gouvernement Ronny Abraham sur l'arrêt *Commune de Boulazac* de 1990²⁰⁹⁰ : selon lui, la déclaration d'illégalité d'un règlement dérogatoire à une réglementation de portée générale « *a nécessairement pour effet de rendre applicable le régime de droit commun, qui n'a pas disparu et qu'il ne s'agit donc pas de faire revivre* ». L'arrêt *Assaupamar* de 1991 a tiré les conséquences de ce raisonnement dans l'hypothèse de la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols, en estimant que la paralysie de ce document n'avait pas pour effet de permettre l'application du document local d'urbanisme antérieur, mais des dispositions du règlement national d'urbanisme : en effet, les principes de l'arrêt *Bargain* s'opposent à la résurrection du droit abrogé dans la mesure où l'acte déclaré illégal persiste et ne saurait coexister avec son prédécesseur, mais ils admettent l'application de règles supplétives auxquelles il s'est substitué localement.

1048. Rétablissement du document d'urbanisme antérieur en application de la loi. En dépit de son « *caractère modéré* »²⁰⁹¹ et de son « *orthodoxie juridique* »²⁰⁹², cette jurisprudence a été renversée par la loi « Bosson » du 9 février 1994²⁰⁹³. La distinction des textes rendus applicables selon les modalités du constat de l'illégalité d'un document local d'urbanisme – le document local antérieur dans le cas d'une annulation ou le RNU dans celui d'une déclaration d'illégalité – apparaissant peu opportune, le législateur préféra organiser une stricte assimilation des conséquences de la déclaration d'illégalité à celles de l'annulation²⁰⁹⁴, afin de mieux préserver la stabilité des autorisations d'urbanisme. Le dispositif aujourd'hui inscrit à

2088 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1117.

2089 CE, 23 décembre 1987, n° 74329, *Commune de Trelissac*.

2090 CE, sect., 2 mars 1990, n° 84590 *Commune de Boulazac*, RFDA 1990, p. 621, concl. Ronny ABRAHAM.

2091 Jean GOURDOU, *id.*, p. 172.

2092 Bertrand SEILLER, *id.*

2093 Sur ce point, voir notamment Jean-Bernard AUBY, « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », RFDA 1995, p. 25 et Yves JEGOUZO, « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », RDI 1994, p. 153.

2094 Pierre SOLER-COUTEAUX, Elise CARPENTIER, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Hypercours, 6^e ed., p. 290.

l'article L. 600-12 du code prévoit ainsi que « *l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale a pour effet de remettre en vigueur le schéma de cohérence territoriale, le plan local d'urbanisme, le document d'urbanisme en tenant lieu ou la carte communale immédiatement antérieur* »²⁰⁹⁵. Le document déclaré illégal est donc définitivement écarté de l'ordre juridique, au profit du retour de son prédécesseur, estimé mieux adapté aux enjeux de l'urbanisme local que le RNU. Le juge est venu préciser dans l'avis *Marangio* de 2005 que dans le cas où les règles qui devraient être remises en vigueur seraient elles-mêmes « *affectées d'une illégalité dont la nature fait obstacle à ce qu'il en soit fait application* », il appartient à l'administration « *de se fonder sur le document encore antérieur ou, à défaut, sur [les dispositions du RNU]* »²⁰⁹⁶. Lorsque l'exception d'illégalité révèle que le document d'urbanisme est entaché d'une illégalité partielle, la remise en vigueur ne concerne que les règles antérieures ayant le même objet que celles qui ont été déclarées illégales, à condition qu'elles soient « *compatibles avec les dispositions d'urbanisme maintenues en vigueur* »²⁰⁹⁷.

1049. Rétablissement du droit abrogé par un acte déclaré invalide. La remise en vigueur du droit antérieur peut enfin résulter de la déclaration par le juge européen de l'invalidité de l'acte qui l'a abrogé, au moyen du renvoi préjudiciel en appréciation de validité de l'article 267 TFUE. Cette procédure, très proche du recours en appréciation de validité de droit interne²⁰⁹⁸, s'en est ainsi nettement démarquée sur ce point²⁰⁹⁹. En effet, alors qu'en droit administratif interne, ce recours est susceptible d'aboutir à la même déclaration d'illégalité que l'exception d'illégalité soulevée directement devant le juge administratif, le juge européen a progressivement distingué les conséquences de la *déclaration d'illégalité* de celles de la *déclaration d'invalidité* résultant spécifiquement du renvoi préjudiciel.

1050. Selon une conception traditionnelle, qui a pu être discutée²¹⁰⁰, les effets du renvoi préjudiciel en appréciation de validité étaient assimilés à ceux de l'exception d'illégalité afin de les distinguer de ceux du recours en annulation²¹⁰¹, ce dont la doctrine avait conclu que la

2095 Anciens art. L. 125-5 puis L. 121-8 du code de l'urbanisme.

2096 CE, avis, 9 mai 2005, n° 277280, *Marangio*, RFDA 2005, p. 1024, concl. Emmanuel GLASER.

2097 CE, 13 novembre 2002, n° 185637, *S.A. foncière Paris Neuilly*.

2098 Liliane PLOUVIER, *op. cit.*, p. 246 ; cet auteur rapproche également le renvoi préjudiciel des mécanismes allemand et italien du contrôle incident de constitutionnalité des lois.

2099 Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Ni capitulation ni rébellion : dialogue », *AJDA* 2007, p. 136.

2100 Sur ce point, v. Liliane PLOUVIER, *id.*, p. 259 et s.

2101 Joseph GAND, concl. sur CJCE, 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, *Schwarze*, rec. pp. 1108-1109, qui évoque notamment la « *déclaration d'illégalité de l'article 177* » du traité CE, relatif au renvoi préjudiciel en

déclaration d'invalidité d'un acte ne pouvait « *faire revivre les dispositions antérieures à l'édition de règles seulement paralysées dans leur application* »²¹⁰².

1051. Par l'arrêt *ONIC* du 9 mai 1980, le Conseil d'État avait pourtant retenu une lecture « *hétérodoxe* »²¹⁰³ des conséquences de la déclaration d'invalidité d'un règlement européen, tant au regard de sa propre jurisprudence relative à l'exception d'illégalité que de celle de la CJCE²¹⁰⁴, en déduisant qu'elle emportait la résurrection d'un règlement antérieur qu'il avait abrogé. Au cours des années 1980, la jurisprudence de la CJCE a toutefois évolué dans le sens d'un rapprochement des effets de l'annulation et de la déclaration d'invalidité, si bien que la solution adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt *ONIC* est désormais conforme à la conception européenne des effets de la déclaration d'invalidité. Au nom de la « *cohérence entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation (...) qui constituent deux modalités du contrôle de légalité organisé par le traité* »²¹⁰⁵, la Cour a ainsi affirmé qu'une déclaration d'invalidité était valable *erga omnes*²¹⁰⁶ et s'est reconnu le pouvoir de moduler à titre exceptionnel son effet rétroactif²¹⁰⁷, de telle sorte qu'elle peut déroger au principe de l'inapplicabilité d'un acte invalide en considération de motifs impérieux de sécurité juridique²¹⁰⁸.

1052. Le juge paraît avoir tiré les conclusions du rapprochement de la déclaration d'invalidité et de l'annulation sur le plan des conséquences de l'inapplicabilité d'un acte invalide par un arrêt *Silos* du 8 novembre 2001. Alors que l'avocat général Geelhoed se ralliait à la thèse de la Commission qui soutenait que « *l'invalidité d'une mesure ne saurait avoir pour conséquence de rendre à nouveau applicables les dispositions rapportées par cette mesure* »²¹⁰⁹, la Cour a jugé que « *la déclaration d'invalidité d'un règlement qui a implicitement abrogé un autre règlement implique, en principe, le droit pour les parties au principal d'être placées dans la même situation que si cette abrogation n'était pas intervenue* »²¹¹⁰.

interprétation et en appréciation de validité (actuel art. 267 TFUE).

2102 Joël-Yves PLOUVIN, note sous CE, sect., 9 mai 1980, *ONIC*, D. 1980, p. 465 ; *AJDA* 1980, p. 535, concl. Bruno GENEVOIS.

2103 Bertrand SEILLER, *id.*

2104 René CHAPUS, *id.*, p. 1117 ; Joël-Yves PLOUVIN, *ibid.*

2105 CJCE, 27 février 1985, aff. 112/83, *Société des produits de maïs*, § 17.

2106 Cf. *infra* ; CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, *International Chemical Corporation*, §§ 12-15.

2107 CJCE, 15 octobre 1980, aff. 145/79, *Roquette Frères* ; CJCE, 27 février 1985, aff. 112/83, *Société des produits de maïs*.

2108 CJCE, 29 juin 1988, aff. 300/86, *Van Landschoot*, §§ 24-25.

2109 Leendert A. GEELHOED, concl. sur CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-228/99, *Silos*, § 29, §§ 71 et s.

2110 CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-228/99, *Silos*, § 33.

1053. Cette solution s'inscrivait, selon la Cour, dans la lignée d'un arrêt *Cargill* de 1987²¹¹¹, mais les circonstances peuvent être distinguées. En effet, alors que l'arrêt *Silos* admet véritablement la résurrection *inter partes* du droit *abrogé* par le règlement déclaré invalide, le règlement dont l'application est permise par la déclaration d'invalidité prononcée dans l'arrêt *Cargill* avait simplement été *suspendu* préventivement par la Commission : n'ayant pas disparu de l'ordre juridique, son application était la conséquence naturelle de l'inapplicabilité à l'espèce de l'acte qui s'y opposait.

1054. L'arrêt *Silos* révèle ainsi que la Cour admet non seulement l'applicabilité du droit non-abrogé, qui est un effet classique de la déclaration d'*illégalité*, mais également celle du droit illégalement abrogé, comme l'impliquerait une annulation. Il n'opère cependant pas de complète assimilation de la déclaration d'invalidité à l'annulation. Certes, le juge constate que l'acte est illégal *ab initio* et admet la résurrection *dans le litige* du droit antérieur, mais à la différence notable de l'annulation, la déclaration d'invalidité ne provoque pas par elle-même la suppression de l'acte *dans l'ordre juridique* : c'est à son auteur qu'il appartiendra de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la légalité. En ce sens, la Cour retient une conception des effets de la déclaration d'invalidité semblable à la conception des effets de la déclaration d'illégalité défendue par Bruno Genevois : en permettant l'application à l'espèce du droit illégalement abrogé par l'acte déclaré invalide, la Cour tolère bien la *coexistence* de ces actes, mais pas leur *co-application*, ce qui conduit à relativiser l'enseignement de la jurisprudence *Bargain* selon lequel la déclaration d'illégalité d'un acte ne permet pas d'appliquer une règle abrogée par celui-ci.

1055. En dehors de certains systèmes étrangers de contrôle de constitutionnalité des lois et du cas de la déclaration d'invalidité prononcée par le juge de l'Union, la déclaration incidente de l'illégalité d'un acte se solde simplement par son inapplicabilité dans le litige et par l'annulation du seul acte ayant fait l'objet d'un recours direct. Comme en témoigne le mécanisme de l'article L. 600-12 du code de l'urbanisme, le caractère plus modéré des effets de cette sanction peut néanmoins s'avérer politiquement et administrativement insatisfaisant, dès lors qu'il fait normalement obstacle à l'application stabilisatrice d'une éventuelle règle antérieure.

2111 CJCE, 28 février 1989, aff. 201/87, *Cargill*, § 21.

1056. La persistance dans l'ordonnement juridique d'un acte dont l'illégalité a été reconnue par le juge peut apparaître à la fois comme un paradoxe et comme une manifestation d'une prévalence totale du principe de sécurité juridique sur celui de la légalité. Tel serait le cas si l'inapplicabilité de l'acte *inter partes* était l'unique conséquence de la déclaration d'illégalité. La mise à l'écart ponctuelle d'un acte illégal par ailleurs maintenu dans l'ordre juridique n'est cependant pas une solution satisfaisante au regard des exigences du principe de légalité. Si des considérations techniques et de sécurité juridique empêchent le juge de prononcer l'annulation rétroactive d'un tel acte, sa paralysie complète et sa suppression *ex nunc* ou sa correction par l'autorité compétente constituent des moyens adaptés pour concilier la garantie du principe de légalité et l'exigence de stabilité des situations juridiques.

§ 2 - La paralysie dans l'ordre juridique d'un acte illégal amené à disparaître

1057. Par voie d'action ou d'exception, le juge peut être amené à opérer une « *même déclaration d'illégalité* »²¹¹². Elle provoque, dans le premier cas, l'annulation de l'acte illégal, qui vaut *erga omnes*, s'impose avec l'autorité absolue de chose jugée et emporte sa disparition rétroactive. Dans le second, le constat de l'illégalité permet de rendre l'acte inapplicable avec effet *ex tunc*²¹¹³ dans le litige mais pas de l'annuler, aussi se maintient-il dans l'ordonnement juridique sans remettre en application la règle antérieure. Il est pourtant évident que cet acte est illégal, dans la mesure où le juge l'a établi au terme d'un processus de contrôle objectif, qui aurait d'ailleurs permis son annulation s'il avait été saisi dans le délai de recours. L'appréciation portée par le juge sur la conformité de l'acte aux prescriptions supérieures n'est théoriquement pas susceptible de varier : « *le principe de l'unité du droit impose qu'à compter de la constatation d'une illégalité, cette dernière soit désormais établie universellement et définitivement* »²¹¹⁴. Seul un changement de circonstances, tel que sa propre modification ou celle de la règle supérieure qu'il contredit, pourrait le rendre légal. Ce constat juridictionnel « *irréversible* »²¹¹⁵ devrait dès lors « *logiquement s'imposer à tous et en toutes circonstances, en tant que manifestation du caractère universel de l'action pour la légalité* »²¹¹⁶. Sa portée et son autorité ne sont pour autant pas déterminées avec une uniformité

2112 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1097.

2113 A tout le moins à la date d'adoption de l'acte contesté au principal.

2114 Bertrand SEILLER, « L'autorité absolue conférée – un peu vite ? - aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs », *AJDA* 2002, p. 542.

2115 Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 589 et s.

2116 David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, op. cit., p. 316.

comparable à celle du jugement d'annulation, ce qui laisse planer une incertitude sur l'applicabilité de l'acte en dépit de son illégalité.

1058. Alors que la paralysie de l'acte à l'égard des autres juridictions dépend de l'autorité relative ou absolue qui s'attache au constat incident de son illégalité (A), l'administration active est tenue de ne pas l'appliquer, indépendamment de toute décision juridictionnelle (B). Dans la mesure où il n'appartient plus au juge de supprimer l'acte, c'est à son auteur qu'il incombe de l'abroger ou de le modifier afin de restaurer la légalité pour l'avenir (C).

A - Une application juridictionnelle interdite eu égard à l'autorité de chose jugée attachée au constat de son illégalité

1059. Autorité relative de la déclaration d'illégalité. Il est possible de considérer que la déclaration d'illégalité n'est revêtue que d'une autorité relative, et ne provoque d'elle-même que l'inapplicabilité *inter partes* de l'acte contesté par voie d'exception. Cette conception étroite est retenue par la jurisprudence administrative la plus classique : conformément à une logique de distinction rigoureuse entre les effets de la voie d'action et ceux de la voie d'exception, le juge affirme que la déclaration d'illégalité n'est « *pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée qui se serait attachée à l'annulation [d'un acte] pour excès de pouvoir* »²¹¹⁷. Il en résulte que le juge administratif ne peut tenir pour acquise une illégalité qu'il a pourtant lui-même reconnue par voie d'exception, et ne peut à nouveau conclure à l'inapplicabilité d'un acte déjà déclaré illégal qu'après l'avoir réexaminé.

1060. La même autorité relative est traditionnellement conférée à la déclaration d'illégalité prononcée par le juge européen²¹¹⁸, qui affirme que « *l'inapplicabilité d'un règlement, constatée par voie incidente, en vertu de l'article 184 du traité CE [277 TFUE], à l'occasion d'un litige mettant en cause ce règlement, n'a d'effet obligatoire qu'entre les parties à ce litige* »²¹¹⁹. L'attribution d'une autorité simplement relative à des arrêts constatant l'illégalité d'un acte est alors susceptible de provoquer des situations « *ubuesques* »²¹²⁰, dans la mesure où elle n'empêche pas qu'un acte déclaré illégal dans un litige soit malgré tout appliqué à un

2117 CE, 3 juillet 1996, n° 112171, *Société ABC Engineering*.

2118 CJCE, 21 février 1975, aff. 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, *Schots Kortner*, § 36 et s.

2119 CJCE, 5 octobre 2000, aff. 434/98, *Busacca et autres*, § 26.

2120 Alexandre DEFOSSEZ, Nicolas PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des communautés européennes », in *L'effet de la décision de justice – contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, dir. Georges DE LEVAL et Frédéric GEORGES, p. 64.

autre requérant²¹²¹, placé dans une situation identique, qui n'aurait pas invoqué son illégalité lorsque celle-ci, n'étant pas d'ordre public, ne saurait être relevée d'office par le juge.

1061. Portée *erga omnes*. La déclaration de l'illégalité d'un acte peut toutefois bénéficier d'une autorité renforcée et d'effets plus étendus que la seule inapplicabilité *inter partes*. Sans aller jusqu'à l'assimiler complètement à l'annulation, reconnaître la portée *erga omnes* de ce constat d'illégalité et lui conférer une certaine autorité permet de limiter les risques de contradiction dans les appréciations successivement portées par différentes juridictions, et réduit la nécessité de recourir aux mécanismes de renvois préjudiciels.

1062. Jurisprudence judiciaire. En droit interne, la jurisprudence judiciaire adopte ainsi une position opposée à celle du juge administratif. L'exigence de bonne administration de la justice et l'argument de l'objectivité de la légalité amènent le juge judiciaire à reconnaître que la déclaration d'illégalité d'un acte administratif réglementaire prononcée par son juge naturel s'impose à lui avec l'autorité absolue, et lui interdit donc de l'appliquer bien qu'il n'ait pas été annulé²¹²².

1063. Jurisprudence constitutionnelle. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confère une autorité similaire aux déclarations d'inconstitutionnalité qu'il peut prononcer dans le cadre du contrôle *a posteriori*, selon deux modalités différentes. Saisi à titre incident d'une QPC, le Conseil constitutionnel peut ainsi prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, qui provoque son abrogation avec effet *erga omnes* et qui s'impose naturellement avec l'autorité absolue aux autres juridictions sur le fondement de l'article 62 de la Constitution²¹²³. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence dite « *néo-calédonienne* »²¹²⁴ que « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent*

2121 V. les arrêts CJCE, 5 octobre 2000, aff. 432/98, *Chvatal et Losch* et CJCE, 5 octobre 2000, aff. 434/98, *Busacca*. Sur ce point, v. Frédérique BERROD, *op. cit.* p. 689.

2122 Cass. 1^{er} Civ. 19 juin 1985, *Office national de la chasse*, D. 1985, p. 427, rapp. Pierre SARGOS ; Cass. Soc., 7 décembre 1993, *Cie nationale Air France c/ Mme Rabussier*, Jcp G 1994, n° 22245, note Philippe WACQUET.

2123 Jean-Philippe THIELLAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », concl. sur CE, ass., 13 mai 2011, n° 317808, *Mme Delannoy* et n° 329290, *Mme Lazare*, RFDA 2011, p. 722.

2124 Cette technique de contrôle tient son nom de la décision État d'urgence en Nouvelle-Calédonie de 1985, à l'occasion de laquelle le Conseil avait procédé au contrôle de constitutionnalité de dispositions de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Employée par la doctrine (cf. les références infra), l'expression apparaît également dans les commentaires officiels du Conseil constitutionnel (voir notamment le commentaire de la décision n° 2013-349 DC, p. 3).

son domaine »²¹²⁵. Comme l'a indiqué la décision n° 2013-349 QPC *Société Allianz IARD*²¹²⁶, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée selon cette technique a pour conséquence que les dispositions visées ne peuvent plus être appliquées. Elles persistent toutefois dans l'ordonnement juridique, le Conseil s'étant refusé à étendre le pouvoir d'abrogation dont il dispose dans le cadre de la procédure de QPC à cette modalité techniquement distincte, dont les effets s'apparentent très fortement à ceux de la déclaration d'illégalité. Cette neutralisation, soulignée par une mention figurant sur le site Légifrance, bénéficie de l'autorité absolue sur le fondement de l'article 62 de la Constitution, aussi impose-t-elle à toute juridiction ordinaire de tenir la loi inconstitutionnelle pour inapplicable dans le respect de l'effet temporel de la décision du juge constitutionnel.

1064. Autorité de la déclaration d'inconstitutionnalité étendue à l'égard de normes identiques. Sous l'effet d'une politique jurisprudentielle affirmée depuis la mise en œuvre de la QPC, l'autorité des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel se renforce d'une manière générale. Dans la lignée de la jurisprudence *Loi portant amnistie* de 1989²¹²⁷ qui avait consacré le principe de l'autorité des décisions d'inconstitutionnalité à l'égard de textes distincts non contrôlés, le juge constitutionnel considère aujourd'hui que « *si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi ont un objet analogue à celui des dispositions législatives sur lesquelles le Conseil s'est déjà prononcé* »²¹²⁸.

1065. La conception extensive de l'autorité des décisions d'inconstitutionnalité et des déclarations de constitutionnalité sous réserve que retient le Conseil constitutionnel trouve un écho dans la jurisprudence administrative. Le Conseil d'État a en effet reconnu une « *autorité substantielle* »²¹²⁹ aux déclarations d'inconstitutionnalité, en admettant lui aussi, dans un arrêt

2125 CC, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*.

2126 CC, 18 octobre 2013, n° 2013-349 QPC, *Sociétés Allianz IARD*, AJDA 2014, p. 467, note Julien BONNET ; RFDA 2014, p. 364, note Philippe AZOUAOU ; Constitutions 2014, p. 574, note Alexandre VIALA.

2127 CC, 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, *Loi portant amnistie* : « *Considérant que si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* » ; CC, 29 décembre 2013, n° 2013-685 *Loi de finances pour 2014*.

2128 CC, 24 février 2017, n° 2016-612 QPC, *SCI La Hyéroise* ; RFDA 2017, p. 882, note Marine HAULBERT.

2129 Mathieu DISANT, « L'autorité substantielle des déclarations d'inconstitutionnalité. De l'inconstitutionnalité équivalente », *Constitutions* 2015, p. 229.

Société Métropole Télévision (M6) du 16 janvier 2015, que l'autorité absolue attachée en vertu de l'article 62 à la déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions « *doit être regardée comme s'appliquant également aux dispositions identiques, dans leur substance et dans leur rédaction* »²¹³⁰. Il semble ainsi déduire des conséquences particulièrement importantes de l'abrogation d'une loi consécutive à l'accueil d'une QPC par le Conseil constitutionnel, en jugeant qu'elle provoque l'abrogation implicite des dispositions législatives qu'il juge analogue. L'arrêt *Société M6* relève en effet qu'il appartient au juge saisi d'un litige portant sur l'application de dispositions analogues à celles qui ont été déclarées inconstitutionnelles « *de le constater, sans qu'il y ait lieu de saisir le Conseil constitutionnel d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, dès lors qu'au regard des dispositions du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, d'une part, les dispositions en cause ont auparavant été abrogées, de sorte qu'une nouvelle décision du Conseil constitutionnel ne pourrait avoir cet effet, et, d'autre part, que le litige soumis est au nombre de ceux pour lesquels le requérant peut (...) bénéficier des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée [par la décision du Conseil constitutionnel]* ».

1066. La décision du Conseil d'État ne répond toutefois pas suffisamment clairement à la question de l'effet du constat de la question de l'effet de l'inconstitutionnalité de la norme identique. Selon le professeur Mathieu Disant, « *la disposition déclarée inconstitutionnelle par équivalence n'est pas formellement abrogée (le Parlement doit opportunément s'y atteler) mais elle est pleinement neutralisée : elle demeure dans le corpus des lois promulguées tout en étant privée de toute force normative. Il s'agit pour le juge administratif de prendre acte du fait qu'elle ne peut plus recevoir application dans le litige dont il est saisi* »²¹³¹. Vanessa Barbé évoque de même la mise en œuvre d'un « *pouvoir de mettre à l'écart* » les dispositions contraires à la Constitution grâce à l'« *extension des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel* »²¹³², en envisageant une analogie avec les effets du constat de l'inconstitutionnalité d'une loi par le juge administratif. Les termes employés par le Conseil d'État et la référence au deuxième alinéa de l'article 62 paraissent plutôt indiquer qu'il « *s'est reconnu compétent pour constater lui-même l'abrogation de dispositions législatives non renvoyées au Conseil constitutionnel dans leur version contestée* »²¹³³. Si la

2130 CE, 16 janvier 2015, n° 386031, *Société Métropole Télévision*, AJDA 2015, p. 1043, Vanessa BARBE ; Constitutions 2015, p. 229, Mathieu DISANT.

2131 Mathieu DISANT, *id.*

2132 Vanessa BARBE, « L'extension progressive des pouvoirs du juge ordinaire, juge constitutionnel », AJDA 2015, p. 1043.

2133 Damien FALLON, « Le juge et l'abrogation de la loi », RFDA 2017, p. 865.

première lecture présente le mérite d'être plus conforme à la conception du Conseil constitutionnel, qui réserve l'abrogation aux seules dispositions soumises à son contrôle par la voie de la QPC et qui ne l'emploie pas dans sa jurisprudence « néo-calédonienne », la seconde semble plus cohérente du point de vue du juge administratif et potentiellement plus efficace. Le constat par le Conseil d'État de l'inconstitutionnalité de la loi ne saurait en effet bénéficier de l'autorité absolue de chose jugée conférée aux décisions du Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution, ce qui impliquerait une incertitude regrettable quant à son autorité à l'égard des autres juridictions ou institutions. Le choix de l'abrogation implicite de dispositions analogues à d'autres ayant été elles-mêmes abrogées par le Conseil constitutionnel permet ainsi au Conseil d'État de lier les autres autorités juridictionnelles et administratives en retenant, par un motif objectif et conforme à la chose interprétée par le juge constitutionnel, que la loi n'est plus en vigueur et donc plus applicable.

1067. Contentieux européen – effet *erga omnes* de la déclaration d'invalidité. En droit européen, alors même que la Cour de justice prend position pour l'autorité relative de la déclaration d'illégalité et l'effet *inter partes* de l'inapplicabilité²¹³⁴, elle a nettement affirmé l'effet *erga omnes*²¹³⁵ de la déclaration d'invalidité dans l'arrêt *International Chemical Corporation* de 1981²¹³⁶ : un arrêt constatant l'invalidité d'un acte d'une institution, « *bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre* ». Cette constatation ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction nationale l'interroge de nouveau par le moyen du renvoi préjudiciel, notamment « *s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie* », mais cette possibilité ne permet aucun retour en arrière en ce qui concerne l'appréciation portée sur la validité de l'acte²¹³⁷ : la déclaration d'invalidité est acquise et revêt une fois prononcée un caractère irréversible relevant de l'essence de l'autorité absolue de chose jugée²¹³⁸. Elle se rapproche en ce sens de la constatation de

2134 Frédérique BERROD, *op. cit.*, p. 689.

2135 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 472.

2136 CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, *International Chemical Corporation*, § 13 et s.

2137 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *id.*, p. 473.

2138 Laurent COUTRON, *id.*, p. 597. Cet auteur exprime des réserves sur l'emploi du terme d'autorité absolue de chose jugée à propos des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel (cf. p. 590 et s.), notamment dans la mesure où ce mécanisme est généralement considéré comme un mode de coopération juridictionnelle et non comme un recours contentieux, mais convient que cette qualification « *permet néanmoins de mettre en évidence l'irréversibilité de la constatation* » de l'invalidité (p. 628).

l'illégalité dans le cadre d'un recours en annulation, qui ne peut être contredite et qui présente un caractère définitif²¹³⁹.

1068. Autorité renforcée des décisions préjudicielles de la Cour constitutionnelle de Belgique. La loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle de Belgique s'inspire de ce système pour définir les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour sur renvoi préjudiciel, qui bénéficient d'une autorité relative généralement décrite comme « renforcée »²¹⁴⁰ ou « élargie »²¹⁴¹. Son article 28 prévoit en effet que « la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues (...) de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ». Par ailleurs, l'article 26 § 2 prévoit que les autres juridictions qui pourraient appliquer la loi déclarée contraire à la Constitution mais qui n'a pas été annulée sont dispensées de l'obligation de renvoi « lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ». Ainsi, non seulement les arrêts de réponse revêtent-ils une portée obligatoire pour chaque juridiction saisie de l'affaire, mais également une « portée dissuasive »²¹⁴² à l'égard des autres juridictions. Par un effet d'« irradiation »²¹⁴³, la déclaration d'inconstitutionnalité « prive ultérieurement tout juge de la possibilité d'appliquer la norme jugée inconstitutionnelle »²¹⁴⁴, sans toutefois s'opposer à ce que la Cour soit de nouveau interrogée si la juridiction n'entend pas suivre la réponse donnée²¹⁴⁵. Il est à cet égard impossible de considérer que cette déclaration bénéficie d'une véritable autorité absolue de chose jugée, bien qu'elle ne soit pas simplement relative, mais en ce sens qu'elle délie tout juge de l'obligation de renvoi, elle produit bien un effet *erga omnes*.

1069. Insuffisance de l'autorité purement relative de la déclaration d'illégalité. Il apparaît ainsi avec évidence que l'effet purement relatif de la déclaration d'illégalité n'est pas « le contre-pied nécessaire »²¹⁴⁶ d'une conception dans laquelle elle ne pourrait avoir une

2139 Georges VANDERSADEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, Coll. Pratique du contentieux européen, p. 143.

2140 Francis DELPEREE, « Présentation de la Cour d'arbitrage », *Cah. Cons. Const.* 2002, n° 12.

2141 Jacques VAN COMPERNOLL, Marc VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – l'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cah. Cons. Const.* 2003, n° 14, p. 87.

2142 *Ibid.*

2143 Géraldine ROSOUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *NCCC* 2013, n° 41, p. 212.

2144 Jacques VAN COMPERNOLL, Marc VERDUSSEN, *id.*

2145 Louis VANSNICK, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Belgique », *AJJC* 23-2007, p. 32 ; en ce sens, v. également David RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », *JT* 2008, p. 555.

2146 Liliane PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, LGDJ, 1975, p. 260.

portée étendue qu'à la condition de produire tous les effets de l'annulation : « *nonobstant sa force insuffisante à supprimer le texte qu'elle vise, une déclaration d'illégalité est pleinement à même de s'imposer, à l'avenir, dans tous les litiges concernant des actes d'application dudit texte* »²¹⁴⁷. Il convient de distinguer clairement, d'une part, l'autorité de chose jugée et la portée *erga omnes* susceptibles de s'attacher au constat d'une illégalité et, d'autre part, les conséquences de ce constat sur l'existence de l'acte illégal. Par voie d'action comme par voie d'exception, le juge confronté à un acte illicite est amené à constater son illégalité : « *la déclaration d'illégalité constitue la première phase dans son processus de raisonnement* »²¹⁴⁸. Cette déclaration doit être opposable *erga omnes* dans la mesure où elle découle d'une appréciation de la légalité objective de l'acte, qui ne peut pas être « *légal vis-à-vis des uns et illégal vis-à-vis des autres* »²¹⁴⁹ conformément au principe d'unité du droit. Il est possible de lui conférer une autorité renforcée voire absolue au regard de son caractère irréversible. Selon les cas, elle peut être suivie de la seule mise à l'écart de l'acte *inter partes*, qui bénéficie de l'autorité relative, ou de son annulation qui par essence vaut *erga omnes* et s'impose avec l'autorité absolue.

1070. La posture classique de la jurisprudence administrative et européenne, qui se borne à conférer une autorité strictement relative à la déclaration d'illégalité pour qu'elle ne devienne pas une voie d'annulation détournée, semble pouvoir être abandonnée au profit d'une conception qui « *rend à la déclaration d'illégalité les effets erga omnes qui lui sont inhérents sans toutefois faire de celle-ci une annulation* »²¹⁵⁰. La valeur *erga omnes* de la déclaration d'illégalité prononcée par le juge de l'Union a déjà été affirmée par la doctrine, par analogie avec la déclaration d'invalidité²¹⁵¹. Le professeur Laurent Coutron démontre notamment que les constats de l'illégalité et de l'invalidité des actes des institutions sont aussi irréversibles l'un que l'autre et qu'ils devraient en conséquence tous deux produire un effet *erga omnes*²¹⁵², qui pourrait trouver son fondement dans le principe de bonne administration et dans la cohérence du système juridique de l'Union²¹⁵³. La thèse de l'effet *erga omnes* et de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité a été pareillement défendue en droit administratif interne, généralement sur le fondement du principe d'unité du droit. Ainsi, pour le professeur Chapus,

2147 Jean GOURDOU, *id.*, p. 614.

2148 Liliane PLOUVIER, *id.*, p. 260.

2149 *Id.*, p. 261.

2150 *Id.*, p. 262.

2151 *Id.*, p. 269 ; Joël MOLINIER, *Jcl. Europe Traité*, fasc. 350 « exception d'illégalité », § 61 et s.

2152 Laurent COUTRON, *id.*, p. 629, p. 664 et s.

2153 *Id.*, pp. 675-676.

les jugements qui déclarent l'illégalité d'une décision doivent bénéficier de l'autorité absolue de chose jugée, comme ceux qui annulent une décision pour excès de pouvoir : « *ce qui importe (quant à la détermination de l'autorité du jugement) n'est pas de savoir si une annulation a ou non été prononcée. Ce qui compte est qu'une décision ait été reconnue comme illégale* »²¹⁵⁴.

1071. Propositions doctrinales. La reconnaissance de l'autorité absolue de la déclaration d'illégalité doit toutefois dépendre de la compétence du juge qui la prononce. Ainsi, selon le professeur Jean Gourdou, « *dès lors que le Conseil d'État, juge naturel et suprême de la régularité de l'action administrative, a déclaré irrégulier un acte par quelque biais que ce soit, sa décision doit pouvoir servir de fondement direct à une requête quelle que soit la personne qui l'invoque et quelle que soit la juridiction devant laquelle elle est invoquée* »²¹⁵⁵. Le professeur Bertrand Seiller suggère plus particulièrement que l'autorité absolue et la portée *erga omnes* soient attachées « *aux déclarations d'illégalité prononcées par le juge administratif compétent pour annuler l'acte* », afin de « *respecter tant les règles de répartition des compétences au sein de l'ordre administratif que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires* »²¹⁵⁶. Dans cette perspective, le professeur Fabrice Melleray propose d'instituer un mécanisme de renvoi préjudiciel permettant à un tribunal administratif saisi par voie d'action d'interroger le Conseil d'État lorsqu'il éprouve un « *doute sérieux sur la légalité d'un acte réglementaire relevant de [sa] compétence en premier et dernier ressort* », et de « *réserver, pour des raisons de sécurité juridique (autrement dit de stabilité des situations juridiques), un sort différent aux actes réglementaires et aux actes individuels* » en dotant de l'autorité absolue les seules déclarations d'illégalité concernant les premiers²¹⁵⁷. Une telle distinction s'insère avec cohérence dans l'équilibre général de l'exception d'illégalité²¹⁵⁸, et ne peut qu'être approuvée. Elle se trouverait également en accord avec l'évolution contemporaine de la jurisprudence administrative relative à la contestation indirecte des actes réglementaires.

2154 René CHAPUS, *op. cit.*, p. 1096.

2155 Jean GOURDOU, *id.*, p. 616.

2156 Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité, op. cit.*, p. 727 ; cet auteur concède que cette solution ne conduit qu'à la reconnaissance d'une « *autorité absolue partielle* » (p. 728) qui ne satisferait pas pleinement le principe d'unité du droit, qui voudrait que l'autorité absolue s'attache à la première déclaration d'illégalité.

2157 Fabrice MELLERAY, « *L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif* », *AJDA* 2004, p. 138.

2158 Cf. *supra*, A.

1072. L'arrêt *CFDT Finances* rendu par le Conseil d'État le 18 mai 2018 paraît en effet pouvoir amener le juge administratif à prendre position plus explicitement pour la reconnaissance de l'autorité absolue et la portée *erga omnes* de la déclaration d'illégalité des actes réglementaires. Si cette décision s'oppose à l'invocation des vices de forme ou de procédure au-delà du délai de recours, le juge y affirme que la légalité interne et la compétence de l'auteur de l'acte réglementaire doivent pouvoir être contrôlées à toute époque « *de telle sorte que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales que cet acte est susceptible de porter à l'ordre juridique* ». Cette évolution implique désormais qu'un acte déclaré illégal au terme d'un contrôle incident le sera nécessairement en considération d'une illégalité de fond : aucun doute ne pourra subsister quant à l'éventuelle légalité de la norme contenue dans un acte dont seule la procédure était irrégulière. Le constat de l'illégalité du *negotium* normatif lui-même rend d'autant plus évidente l'atteinte portée par l'acte à la légalité objective. Lui conférer une portée *erga omnes* semble alors naturel, et pourrait être une conséquence logique supplémentaire de l'alignement du régime du contrôle incident des actes réglementaires sur celui du contrôle de constitutionnalité des lois qui résulte de l'arrêt *CFDT*. En effet, il ne serait pas incohérent que la déclaration de l'illégalité d'un acte réglementaire bénéficie de la même portée spatiale et de la même autorité que la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi lorsque l'une et l'autre découlent du constat incident par le juge compétent de la méconnaissance objective d'une règle juridique supérieure.

1073. Envisageable, cette évolution semble possible. Rien n'interdit qu'elle soit accompagnée de la découverte par le juge administratif d'un pouvoir de modulation des effets de la déclaration d'illégalité, comme le suggérait notamment le professeur Gweltaz Eveillard : la transposition de cette technique issue de la jurisprudence *Association AC* au contrôle incident des actes réglementaires pourrait permettre « *de préserver les effets du règlement censuré, par exemple en précisant que la déclaration de son illégalité était sans incidence ou sans incidence immédiate sur certains actes pris sur son fondement ou en différant la prise d'effet de ladite déclaration d'illégalité* »²¹⁵⁹. Il est vrai que l'utilité d'une telle option semble moindre dans la configuration résultant de la jurisprudence *CFDT Finances*, déjà très favorable à la protection de la stabilité des situations juridiques, mais il ne faut peut-être pas exclure qu'elle soit un jour adoptée sous l'influence du mécanisme de l'article 62 de la Constitution. Une différence persisterait alors entre ces deux types de décisions : en effet, si la

2159 Gweltaz EVEILLARD, « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *DA* 2018, n° 10, comm. 45.

déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 61-1 possède par elle-même un effet abrogatif de la loi, qui est susceptible d'être reporté par le juge, la déclaration d'illégalité ne provoque pas *ipso facto* l'abrogation de l'acte administratif, mais confronte simplement l'autorité compétente aux obligations qui pèsent sur elle.

B - Une application institutionnelle interdite indépendamment de l'autorité de chose jugée attachée au constat de son illégalité

1074. Interdiction d'appliquer l'acte illégal. En droit français, le constat de l'illégalité d'un acte s'oppose à ce que les autorités chargées de son application puissent encore le mettre en œuvre, quand bien même n'a-t-il pas disparu de l'ordonnement juridique. La règle *patere legem* doit s'écarter face au corollaire du principe de légalité selon lequel « *il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un règlement illégal* »²¹⁶⁰, dégagé par le juge administratif dans l'arrêt *Ponard* de 1958²¹⁶¹ et consacré comme principe général du droit par l'avis contentieux *Marangio* de 2005²¹⁶². Le refus d'appliquer un acte réglementaire illégal²¹⁶³, de même que le refus de prendre les mesures réglementaires d'application d'une loi elle-même contraire à une norme internationale²¹⁶⁴, sont en conséquence des décisions légales. Si la déclaration d'illégalité prononcée par le juge confirme bien que l'acte qu'elle vise ne doit plus recevoir application, l'avis *Marangio* est venu préciser que cette interdiction pesait sur l'autorité administrative « *en l'absence même de toute décision juridictionnelle* » : l'obligation de ne pas appliquer un acte réglementaire illégal n'est donc pas dépendante de l'autorité et de la portée conférée à la déclaration d'illégalité ; elle lui préexiste, et le jugement déclaratif qui ôte toute incertitude quant à l'illégalité de l'acte ne fait que la souligner. Articulée avec l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal, la déclaration d'illégalité semble alors dotée d'une « *autorité juridique spécifique pour les organes administratifs, autorité très proche par ses conséquences de l'autorité absolue de la chose jugée* »²¹⁶⁵. Elle peut à juste

2160 Antoine CLAEYS, « L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal », *DA* 2009, n° 10, étude 17.

2161 CE, sect., 14 novembre 1958, *Ponard*, rec. p. 554.

2162 CE, avis, 9 mai 2005, n° 277280, *Marangio*, *RFDA* 2005, p. 1024, concl. Emmanuel GLASER, *AJDA* 2005, p. 1032, *RDI* 2005, p. 346, obs. Pierre SOLER-COUTEAUX.

2163 CE, sect., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, rec. p. 10.

2164 CE, 24 février 1999, n° 195354, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres* : « *Considérant (...) que les dispositions précitées de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles étendent le champ d'application de la procédure simplifiée d'enregistrement au-delà des objectifs définis par la directive, sont incompatibles avec ceux-ci ; que, par suite, en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en oeuvre de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, le gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution ; que, dans ces conditions, les associations requérantes ne peuvent valablement soutenir que le décret attaqué serait illégal, faute d'assurer l'application des dispositions de l'article L. 601-4 du code de la santé publique* ».

2165 Antoine CLAEYS, *id.*

titre être considérée comme « *une hypothèse indirecte de disparition pour l'avenir de l'autorité de la chose décidée* »²¹⁶⁶.

1075. Applicabilité de l'acte illégal en droit belge. À l'opposé de l'enseignement de la jurisprudence *Ponard/Marangio*, le droit belge retient, pour principe, qu'il appartient à l'administration de faire application d'un acte dont l'illégalité aurait emporté sa mise à l'écart sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, que les juges interprètent comme une obligation à leur seule intention. Le Conseil d'État de Belgique estime ainsi que « *l'auteur de l'acte attaqué* », étant « *un organe de l'administration active* », est « *tenu d'appliquer les dispositions réglementaires et n'a pas le pouvoir d'écarter celle qu'il estimerait illégale* »²¹⁶⁷, sous réserve de sa propre compétence, étant entendu que l'abstention de procéder à son abrogation peut caractériser un comportement fautif²¹⁶⁸. Cette obligation trouve toutefois un tempérament dans l'interdiction faite aux fonctionnaires de donner suite à un ordre *manifestement illégal*²¹⁶⁹. La Cour constitutionnelle juge de la même manière que « *l'article 159 de la Constitution s'applique exclusivement aux cours et tribunaux et non à l'autorité administrative* » et que « *cette dernière, à la différence du juge judiciaire, ne peut donc pas contrôler la légalité de règlements en application de cette disposition* »²¹⁷⁰.

1076. Interdiction d'appliquer l'acte contraire au droit de l'Union. L'obligation de ne pas appliquer un acte illégal est envisagée à deux titres par le droit de l'Union européenne. Celui-ci l'a d'abord consacrée comme une obligation descendante ou verticale pesant sur les autorités juridictionnelles²¹⁷¹ et administratives²¹⁷² nationales de ne pas appliquer d'acte contraire aux normes européennes supérieures²¹⁷³. « *Affirmée vigoureusement* »²¹⁷⁴ à l'égard des autorités nationales, cette obligation semble avoir été progressivement transposée à

2166 Bertrand SEILLER, *Rep. Cont. Adm.*, Dalloz, rubrique « Acte administratif : régime », n° 500.

2167 CE (Belgique), 27 avril 2010, n° 203.323, *De Kempeneer*.

2168 Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 147.

2169 Sur ce point et à propos de la question de la possibilité pour l'administration d'appliquer une loi déclarée inconstitutionnelle par une décision revêtue, sur ce point, de l'autorité relative de chose jugée, v. David RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », *JT* 2008, p. 555.

2170 Cour const. (Belgique), 30 mars 2011, n° 44/2011.

2171 CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, § 21 ; CJUE, 28 avril 2011, aff. 61/11, *El Dridi*, *RFDA* 2012 p. 961, chron. Laure CLEMENT-WILZ.

2172 CJCE, 22 juin 1989, aff. 103/88, *Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano*, § 29 à 33.

2173 Cette jurisprudence infléchit donc l'obligation faite, en droit belge, à l'administration d'appliquer un acte illégal qu'elle ne peut abroger ou modifier elle-même, dans le domaine du droit de l'Union européenne. V. Thomas BOMBOIS, « L'administration, « juge » de la légalité communautaire – Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg », *JT* 2009, p. 169.

2174 Laurent COUTRON, « Mise en lumière de l'obligation pesant sur les institutions de l'Union de ne pas appliquer un acte illégal : « tout vient à point à qui sait attendre » ! », *RTD Eur.* 2012, p. 601.

l'égard des institutions de l'Union. La Cour paraît ainsi reconnaître que le constat de l'illégalité ou de l'invalidité d'un acte le prive de l'autorité de chose décidée : elle affirme en effet que « *les actes des institutions communautaires jouissent, en principe, d'une présomption de légalité et produisent, dès lors, des effets juridiques aussi longtemps qu'ils n'ont pas été retirés, annulés dans le cadre d'un recours en annulation ou déclarés invalides à la suite d'un renvoi préjudiciel ou d'une exception d'illégalité* »²¹⁷⁵. Par un arrêt *Bouillez* de 2012, le Tribunal de la fonction publique paraît, quant à lui, avoir repris le principe d'une obligation horizontale de non application d'une règle illégale consacré par l'arrêt *Ponard*. Le juge indique que « *dans l'hypothèse où une décision à caractère général prise par une institution déroge illégalement à des dispositions supérieures, il appartient à cette institution de laisser inappliquée cette décision à caractère général* »²¹⁷⁶, et évoque « *par analogie* » l'obligation pesant sur les juridictions et autorités administratives nationales de « *laisser inappliquée une règle de droit national contraire au droit de l'Union* »²¹⁷⁷. Le Tribunal adopte ainsi une approche qualifiée de « *volontariste* »²¹⁷⁸, dans l'esprit de l'avis *Marangio* du Conseil d'État, en n'exigeant pas que l'illégalité ait été judiciairement constatée pour que naisse l'obligation.

1077. Mise en œuvre. Malgré son caractère évident²¹⁷⁹, le respect d'une telle obligation peut présenter un certain degré de complexité²¹⁸⁰ lorsque l'illégalité de l'acte que l'autorité refuse d'appliquer n'a pas été constatée par le juge compétent. Elle suppose en effet que l'autorité d'application renverse à la fois la présomption de légalité des règles juridiques et l'ordre hiérarchique des autorités normatives. La mise à l'écart d'un acte considéré comme illégal par l'administration active doit donc être effectuée « *sous le contrôle du juge* »²¹⁸¹, qui veille à la motivation suffisante de la décision refusant de l'appliquer. La complexité pour l'administration du processus de détermination de l'illégalité implique une incertitude pour

2175 CJCE, 5 octobre 2004, aff. C475/01, *Commission c/ Grèce*, § 18 ; CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-27/09 P, *République française c/ People's Mojahedin Organization of Iran*, § 74 ; TPIUE, ord., 14 février 2012, *Italie c/ Commission*, § 22.

2176 TFPUE, 8 février 2012, aff. F-11/11, *Bouillez c/ Conseil*, § 46.

2177 *Ibid.*

2178 Laurent COUTRON, *id.*

2179 Antoine CLAEYS, *id.*

2180 En ce sens, Michel PÂQUES, *op. cit.*, pp. 146-147. V. également la lecture très critique du professeur Jean-Bernard Auby à propos de l'avis *Marangio*, DA 2005, n° 8/9, repère n° 8 : « *Si on lit bien, le Conseil d'État adresse à toutes les autorités administratives, nationales ou locales, le message selon lequel elles devraient surveiller – comment ? – la régularité des règlements qu'elles doivent appliquer, qu'elles en soient ou non les auteurs, et en écarter l'application chaque fois qu'elles auraient acquis la conviction – par quel moyen en l'absence d'une décision d'un juge ? – de leur illégalité* ».

2181 Souligné par les conclusions du commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser, cet élément est repris explicitement par l'avis *Marangio*.

l'administré à qui l'illégalité d'un acte pourra être opposée alors qu'il revêtait l'apparence d'un acte régulier et applicable. En suscitant une telle imprévisibilité, l'interdiction d'appliquer un acte illégal peut être une cause d'insécurité juridique. D'une certaine façon, elle favorise pourtant la stabilité des situations juridiques. Dans la mesure où elle n'est susceptible de concerner que des actes au maintien desquels nul n'a de droit, « *les incidences de l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal sur la stabilité des situations juridiques personnelles sont assez réduites* »²¹⁸². Si elle menace la « *stabilité des normes* », cette obligation peut effectivement apparaître comme « *un vecteur de sécurisation en prévenant tout effet de contamination* »²¹⁸³ : en empêchant la réitération de l'illégalité, elle évite la délivrance de décisions précaires dont l'annulation pourrait être obtenue en invoquant l'exception d'illégalité.

1078. Limites. En tant que principe général du droit, l'interdiction de faire application d'un acte illégal s'incline naturellement devant les prescriptions législatives contraires instituant des mécanismes de « *validation préétablie* »²¹⁸⁴ : ainsi l'avis *Marangio* a-t-il indiqué qu'un document d'urbanisme local dont la légalité « *n'est affectée que par des vices de procédure ou de forme au sens des dispositions (...) de l'article L. 600-1* » pouvait encore recevoir application, réserve étant faite des vices substantiels envisagés par ce texte. L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal trouvant son « *pendant* »²¹⁸⁵ dans le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité, elle doit également s'articuler avec les principes énoncés par la décision *CFDT Finances* : ainsi, l'existence de vices de forme ou de procédure ne nécessite pas que le texte soit mis à l'écart, au contraire des vices de légalité interne ou tirés de l'incompétence de son auteur. La neutralisation générale au-delà du délai de recours des vices de forme et de procédure permet sans doute de simplifier la mise en œuvre de cette obligation, au prix d'une certaine réduction de son champ, en n'exigeant pas de l'autorité d'exécution qu'elle doive apprécier la régularité de la procédure d'adoption d'un acte dont elle n'est pas nécessairement l'auteur. Alors que ce régime jurisprudentiel est plus tolérant que celui institué par les dispositions législatives du code de l'urbanisme, le Conseil d'État a jugé, dans son arrêt *Commune de l'Houmeau* du 18 février 2019²¹⁸⁶, qu'un document d'urbanisme entaché

2182 Antoine CLAEYS, *id.*

2183 *Ibid.*

2184 Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA* 2005, p. 2384.

2185 Emmanuel GLASER, *id.*

2186 CE, 18 février 2019, n° 414233, *Commune de l'Houmeau*.

d'un vice substantiel au sens de l'article L. 600-1 devait encore être écarté par l'autorité administrative.

1079. L'obligation de ne pas appliquer un acte illégal permet, certes, d'éviter la multiplication d'actes exposés à l'annulation, mais elle ne suffit pas à satisfaire totalement le principe de légalité dans la mesure où elle laisse l'acte stérile mais malgré tout illégal persister dans l'ordonnement juridique. Il est cohérent qu'elle s'accompagne d'une obligation positive à la charge de l'autorité compétente de procéder pour l'avenir à l'abrogation ou à la modification de l'acte, étant entendu que « *le principe de sécurité juridique n'y fait pas obstacle* »²¹⁸⁷.

C - L'obligation pour l'autorité compétente d'adopter les mesures nécessaires au rétablissement pour l'avenir de la légalité

1080. Abrogation des actes administratifs. Le droit administratif admet, depuis l'arrêt *Despujol* de 1930, l'existence d'une obligation pour l'autorité administrative de procéder à la modification ou à la suppression d'un règlement « *dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement [cet acte] ont disparu* »²¹⁸⁸. À cette hypothèse fondée sur la théorie du changement de circonstances, le décret du 28 novembre 1983 puis la jurisprudence *Alitalia* ont ajouté l'obligation pour l'autorité compétente « *saisie d'une demande* » en ce sens de procéder à l'abrogation d'un règlement « *illégal dès la date de sa signature* »²¹⁸⁹. Ce principe général est désormais inscrit au premier alinéa de l'article L. 243-2 du CRPA, qui prévoit que « *l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé* ».

1081. Alors que la lettre de ce texte n'envisage pas de distinction entre les causes d'illégalités de nature à déclencher l'obligation d'abrogation, le rapporteur public Aurélie Bretonneau affirmait en concluant sur l'arrêt *CFDT Finances* que « *lorsqu'il précise que l'abrogation n'est pas de mise si l'illégalité a cessé, il fait nécessairement référence aux seules illégalités de fond* »²¹⁹⁰. Cette considération a permis au juge de retenir une « *lecture*

2187 Benoît PLESSIX, *op. cit.*, p. 1111.

2188 CE, sect., 10 janvier 1930, *Despujol*, rec. p. 30, *GAJA* n° 41.

2189 CE, ass., 3 février 1989, n° 74052, *Alitalia, RFDA* 1989, p. 391, concl. Noël CHAHID-NOURAI.

2190 Il en va de même dans l'hypothèse visée par le second alinéa, en vertu duquel l'administration est tenue d'abroger les actes non réglementaires non créateurs de droits dans la seule hypothèse où un changement de circonstances génère une illégalité interne en leur sein.

globalisante de l'alinéa [premier] dans lequel le terme d'illégalité s'entendrait exclusivement de l'illégalité interne »²¹⁹¹.

1082. Abrogation des documents d'urbanisme. En décidant de la sorte que l'illégalité procédurale ou formelle d'un acte réglementaire ne justifie plus qu'il soit abrogé, le Conseil d'État a retenu une solution plus favorable encore à la stabilité des actes administratifs que celle qui résultait, pour les documents locaux d'urbanisme, de son interprétation de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme. Conformément à la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel, le juge administratif avait ainsi estimé que les vices de forme et de procédure entachant un document local d'urbanisme pouvaient être invoqués au soutien du recours contre une décision refusant de procéder à son abrogation²¹⁹². Cette distinction des régimes de l'exception d'illégalité et de la demande d'abrogation semblait se justifier par la considération que la première, en permettant d'obtenir l'annulation rétroactive des mesures d'application de l'acte illégal, constituait un danger pour la stabilité des situations juridiques qui ne résultait pas de la seule abrogation de l'acte de base, dès lors qu'elle ne vaut que pour l'avenir et ne perturbe pas les décisions adoptées sur son fondement²¹⁹³. Elle a été remise en cause par la décision *M. Giret* du 24 mars 2021²¹⁹⁴. Le Conseil d'État a en effet estimé que les dispositions de l'article L. 600-1 ne s'appliquent qu'aux « *moyens soulevés par voie d'exception, et non aux moyens dirigés contre un refus d'abrogation d'un plan local d'urbanisme* ». Dès lors, si l'article L. 600-1 permet que soient perpétuellement invoqués, par voie d'exception, certains moyens tirés de l'illégalité externe d'un plan d'urbanisme, le recours contre le refus d'abroger un tel acte est régi par les principes dégagés par la jurisprudence *CFDT Finances*.

1083. Cette solution appelle plusieurs remarques. D'une part, elle confirme que l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme consacre une solution plus favorable au respect de la légalité que les règles appliquées en droit administratif commun²¹⁹⁵, alors même que cette disposition entendait répondre à un « *risque d'instabilité juridique (...) particulièrement marqué en*

2191 Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure des actes réglementaires », *RFDA* 2019, p. 649.

2192 CAA Versailles, 3 novembre 2016, n° 15VE02736, *Association Les Trois Tilleuls et autres*, *AJDA* 2017, p. 49, chron. Hélène LEPETIT-COLLIN.

2193 Gweltaz EVEILLARD, « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *DA* 2018, n° 10, comm. 45.

2194 CE, 24 mars 2021, n° 428462, *Giret*, *DA* 2021, n° 6, act. 91 Anne COURREGES.

2195 Camille BROUELLE in « La jurisprudence *CFDT Finances* : illustration d'un mouvement de sécurisation des actes administratifs. Entretien avec Camille Brouelle et Bertrand Seiller. », *Revue DPA* 2018, p. 14.

matière d'urbanisme »²¹⁹⁶. D'autre part, elle semble conférer à cet article une interprétation quelque peu éloignée de celle qu'avait retenue le Conseil constitutionnel en 1994, ce qui peut soulever des interrogations sur sa constitutionnalité, dans un contexte où la jurisprudence constitutionnelle est cependant elle-même marquée par une valorisation accrue de la sécurité et de la stabilité des situations juridiques. Enfin, elle peut conduire à s'interroger sur l'avenir de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, qui paraît finalement constituer une garantie de stabilité moins efficace que les règles jurisprudentielles lorsque l'illégalité du document d'urbanisme est mise en cause par voie d'exception. Son abrogation paraît toutefois inopportune : dans la mesure où l'économie de cette disposition traduit l'importance attachée à *certaines* exigences procédurales par rapport à l'objectif de sécurité juridique, il semble justifié que leur garantie soit encore assurée.

1084. Abrogation spontanée. Telle que le CRPA l'envisage, l'obligation d'abrogation doit théoriquement être mise en œuvre spontanément par l'autorité compétente. Le code reprend sur ce point l'apport mesuré de l'article 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007²¹⁹⁷, qui avait lui-même repris le principe dégagé par le juge dans l'arrêt *Alitalia* en l'ajustant de telle sorte que l'administration était tenue de se conformer à cette obligation d'office et non simplement, comme l'indiquait l'arrêt, lorsque la demande lui en était faite. L'exigence que l'abrogation soit effectuée d'office semble toutefois « *peu réaliste* »²¹⁹⁸ : sa méconnaissance se soldera de toute façon par la formulation d'une demande d'abrogation émanant d'un intéressé, qui sera suivie d'un recours juridictionnel dans l'hypothèse où elle se heurterait à un refus. L'annulation d'un tel acte peut être accompagnée d'une injonction d'abroger le règlement illégal adressée à son auteur, afin d'assurer sa disparition de l'ordonnancement juridique et le rétablissement pour l'avenir de la légalité²¹⁹⁹.

1085. Abrogation des actes contraires au droit de l'Union. Le droit de l'Union européenne ne saurait davantage tolérer la persistance dans l'ordonnancement juridique d'un acte reconnu contraire aux normes supérieures par le juge compétent. Selon une jurisprudence

2196 CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

2197 Étienne BLANC, « L'obligation légale d'abroger les règlements illégaux ou devenus sans objet », *AJDA* 2008, p. 399. V. aussi Bertrand SEILLER, « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? », *AJDA* 2008, p. 402.

2198 Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, 12^e ed., p. 439.

2199 CE, 21 février 1997, n° 172634, *Calbo*, rec. T. 1018 ; CE, 4 février 2000, n° 184340, *Syndicat général de l'éducation nationale de la Savoie*, rec. T. 1175.

constante²²⁰⁰, le constat par la Cour de l'invalidité d'un acte d'une institution dans le cadre du renvoi préjudiciel « *a comme conséquence juridique d'imposer aux institutions compétentes de la Communauté de prendre les mesures nécessaires pour remédier à l'illégalité constatée* »²²⁰¹. Cette obligation résulte de l'application par analogie des stipulations de l'article 266 TFUE, qui impose à l'auteur d'un acte annulé par voie d'action « *de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour* » : une institution dont l'acte a été déclaré invalide par voie incidente peut dès lors être tenue de l'abroger, d'adopter un nouvel acte de nature à restaurer la légalité ou de réparer les préjudices éventuellement causés. La déclaration d'illégalité d'un acte semble devoir produire des conséquences similaires : comme le souligne le professeur Laurent Coutron, « *son illégalité étant établie, il ne peut plus être appliqué, ni même être maintenu en vigueur* »²²⁰². La jurisprudence européenne n'a cependant jamais affirmé explicitement l'obligation pour l'auteur d'un acte déclaré illégal de procéder à son abrogation ou à sa modification. La plupart des auteurs s'accordent pour en reconnaître l'existence, mais l'évoquent en des termes nuancés : il est indiqué que l'institution dont émane l'acte a « *normalement intérêt à modifier celui-ci en vue de supprimer tout doute quant à sa légalité* »²²⁰³ ou qu'elle « *peut être dans l'obligation de retirer ou ajuster l'acte afin d'éliminer l'illégalité identifiée* »²²⁰⁴. Il s'agirait, selon l'avocat général Maurice Lagrange, d'une « *nécessité — morale sinon juridique — de prendre une nouvelle décision, conforme à l'arrêt de la Cour* »²²⁰⁵. S'il semble donc que « *les institutions communautaires n'ont aucune obligation juridique de réagir à l'accueil de l'exception d'illégalité* »²²⁰⁶, il apparaît pourtant « *indispensable de contraindre juridiquement l'auteur d'un acte dont l'illégalité a été incidemment constatée de le modifier ou de l'abroger afin de permettre aux justiciables de mieux prévoir les conséquences d'une déclaration d'illégalité* »²²⁰⁷. Il serait dès lors cohérent que l'article 266 TFUE justifie, « *par extension logique* »²²⁰⁸ de la jurisprudence relative aux

2200 CJCE, 19 octobre 1977, aff. 117/76, *Ruckdeschel et Ströh*, § 13 ; CJCE, 29 juin 1988, aff. 300/86, *Van Landschoot*, § 22.

2201 CJCE, ord., 8 novembre 2007, aff. C-421/06, *Fratelli Martini*, § 52 ; TPICE, 20 mai 1999, aff. T-220/97, *H & R Ecroyd Holdings Ltd*, § 49.

2202 Laurent COUTRON, *id.*, p. 664.

2203 Miche WAELBROCK, Olivier SPELTDOORN, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, rubrique « Exception d'illégalité », n° 23 ; Liliane Plouvier (*op. cit.*) emploie des termes similaires à propos des conséquences de la déclaration d'invalidité, dont elle rapproche les conséquences de la déclaration d'illégalité (p. 269) : « *l'institution dont [l'acte] émane aura donc intérêt à l'annuler (...)* » (p. 261).

2204 Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 455 (souligné par nous, « *may be under a duty* »).

2205 Maurice LAGRANGE, concl. sur CJCE, 17 décembre 1959, aff. 14/59, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, rec. p. 32.

2206 Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, p. 902.

2207 Laurent COUTRON, *id.*, p. 664.

2208 Joël MOLINIER, *Jcl. Europe Traité*, fasc. 350 « Exception d'illégalité », § 63.

conséquences de la déclaration d'invalidité pour l'auteur de l'acte, l'obligation d'abroger ou de modifier un acte déclaré illégal au titre des mesures d'exécution de l'arrêt²²⁰⁹.

1086. Si le constat incident de l'illégalité d'un acte ne le fait pas disparaître de l'ordonnement juridique, le principe de légalité est protégé par différents mécanismes qui s'opposent à son application et à la réitération de l'atteinte qu'il lui porte. En toute hypothèse, l'acte illégal est mis à l'écart du litige, au bénéfice du requérant. La paralysie de l'acte en dehors du litige peut ensuite résulter de l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision constatant son illégalité, qui est susceptible de s'imposer aux autorités juridictionnelles et administratives, ou de la mise en œuvre du principe selon lequel l'administration active est tenue d'office de ne pas appliquer un acte réglementaire illégal : bien que le juge administratif ne confère pas une portée *erga omnes* à ses propres déclarations d'illégalité, le principe général du droit consacré par l'arrêt *Ponard* aboutit ainsi à un résultat comparable. Enfin, il appartient à l'autorité compétente de remédier à l'illégalité constatée en procédant d'elle-même à son abrogation ou à sa modification.

1087. L'analyse des mécanismes de contrôle incident souligne à quel point la conciliation de l'exigence de stabilité des situations juridiques et du principe de légalité varie de part et d'autre de la limite tracée par le délai du recours en annulation. Bien qu'elle soit parfaitement justifiée dans le temps de l'action, la rigueur des effets de l'annulation paraît généralement excessive au-delà. D'autres mesures sont plus adaptées au rétablissement de la légalité dans le temps de l'exception, qui permet la remise en cause indirecte d'actes devenus définitifs, dans la mesure où ils n'ont pas créé de droits. Le respect de la stabilité des droits acquis se révèle ainsi comme un élément commun aux deux temps du contrôle de légalité.

2209 En ce sens, Sean VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Pratique du contentieux européen, 2012, *op. cit.*, p. 102.

Conclusion du Chapitre 1

1088. Exigence fondamentale de l'État de droit, le principe de légalité postule, d'une manière générale, la conformité des actes juridiques aux règles supérieures. Les mécanismes de sanction des actes illégaux permettent ainsi de veiller au respect de la hiérarchie des normes, selon des modalités différentes qui visent essentiellement à empêcher qu'il y soit porté atteinte ainsi qu'à effacer les conséquences de sa méconnaissance. Les sanctions admises par l'ordre juridique présentent des degrés d'intensité variables, qui témoignent de la recherche d'une conciliation entre les exigences de la légalité et celles, également essentielles à l'État de droit, de la sécurité juridique : impliquant à la fois la stabilité de l'ordre et des situations juridiques et la prévisibilité de leur modification ou de leur remise en cause, elle traduit une attente de paix sociale qui inspire de nombreux aspects du régime des sanctions de l'illégalité.

1089. La principale modalité de sanction de l'illégalité est, sans hésitation, l'annulation. Du point de vue de l'acte attaqué, elle constitue la première des sanctions encourues, dès lors qu'elle fait suite à l'exercice d'un recours dans le bref délai d'action ouvert après son adoption ; en outre, l'abrogation que peut prononcer le juge de l'excès de pouvoir ne constitue que la sanction subsidiaire d'une illégalité survenue au cours de l'existence de l'acte. C'est également celle qui produit les effets les plus puissants et permet d'obtenir, au détriment de la stabilité des situations illégales, le plus complet rétablissement de la légalité. Rappelé par l'arrêt *Rodière*, le principe selon lequel les actes annulés sont « *réputés n'être jamais intervenus* » a néanmoins pu se heurter à des limites résultant notamment de l'inertie de l'administration ou de la longueur des délais de jugement²²¹⁰. La consécration législative du pouvoir d'injonction du juge administratif en 1995 ainsi que le développement des procédures d'urgence dès les années 2000 ont contribué à un renforcement substantiel de son efficacité, alignant ses effets pratiques sur sa puissance théorique. Même lorsque le caractère éventuellement platonique de l'annulation ne choquait pas le juge, elle a fait l'objet d'un encadrement rigoureux justifié par la prise en compte de l'instabilité – aussi légitime que considérable – qu'elle pouvait engendrer.

1090. Ainsi, alors que la rétroactivité de l'annulation paraît impliquer l'anéantissement de *toutes* les conséquences de l'acte litigieux, le juge s'est efforcé d'en contenir les effets à l'égard des actes tiers. S'il admet qu'un acte peut être fragilisé par l'annulation de sa base

2210 V. par ex. Patrick MINDU, « Les difficultés d'exécution des décisions des tribunaux administratifs », *Revue juridique de l'Ouest* 1993-2, p. 217.

légale, cette circonstance ne suffit pas, par elle-même, à provoquer sa propre disparition. Par ailleurs, dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la jurisprudence a témoigné de sa volonté de préserver la stabilité des décisions individuelles créatrices de droits devenues définitives face aux conséquences de l'annulation de leur acte de base, que celui-ci soit de nature réglementaire ou non. L'annulation par voie de conséquence n'apparaît finalement possible que lorsque l'acte dérivé de l'acte annulé a lui-même fait l'objet d'un recours contentieux en temps utile qui l'a empêché de devenir définitif et qui l'a, ainsi, privé de vocation à la stabilité.

1091. L'office du juge de l'excès de pouvoir, qui dépasse désormais celui d'un simple juge de l'annulation, témoigne également d'un souci de proportionnalité dans la détermination de la portée de la sanction de l'illégalité. L'identification d'une illégalité affectant une partie divisible de l'acte lui impose de ne prononcer qu'une *annulation partielle*. Selon une logique semblable, le constat d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances appelle, selon l'arrêt *ELENA*, une *abrogation* qui peut être regardée comme une annulation pour l'avenir, à compter de la date à laquelle l'illégalité s'est révélée.

1092. Sans nier son effet perturbateur, il convient donc d'admettre que l'annulation intègre à un degré élevé la prise en compte des exigences de la sécurité juridique et traduit un compromis entre la légalité et le besoin de stabilité des situations juridiques : il s'agit d'une sanction radicale, mais c'est celle de l'*acte visé par le recours*, maintenu en état de précarité par la contestation dont il fait l'objet.

1093. La constance du principe de légalité et la mutabilité de l'ordonnement juridique justifient cependant que la sanction de l'illégalité d'un acte devenu définitif ou hors de la portée d'un recours par voie d'action demeure possible²²¹¹. L'écoulement du temps, pendant lequel l'acte produit des effets qui seront tenus pour stables, rend toutefois la perspective d'une annulation rétroactive plus difficile à accomplir et plus attentatoire à l'idée de sécurité juridique. L'équilibre entre les exigences de stabilité et de légalité est ainsi adapté par les mécanismes de contrôle de légalité incidents qui se traduisent par une sanction moins déstabilisatrice que l'annulation : en règle générale, elle n'entraîne pas la disparition de l'acte déclaré illégal et n'est revêtue, le plus souvent, que d'une autorité relative. En outre, si l'acte

2211 David RENDERS, *Droit administratif général*, Bruylant, 2022, p. 799.

illégal doit être ponctuellement écarté du litige, son éviction peut donner lieu, dans certaines hypothèses, à l'application stabilisatrice d'une règle qui avait pu être écartée.

1094. Justifiée par des considérations de stabilité des situations juridiques, la conception traditionnellement minimaliste des effets de la déclaration d'illégalité apparaît théoriquement insuffisante et les exemples issus de la jurisprudence constitutionnelle ou européenne révèlent que le constat incident de l'illégalité d'un acte juridique peut se traduire plus vigoureusement sans générer une insécurité juridique intolérable. Dans le mouvement initié par les arrêts *CFDT Finances*, *Association des Américains Accidentels* ou *ELENA* qui ont profondément modifié les modalités du contrôle des actes réglementaires, il paraît envisageable que la jurisprudence administrative s'engage enfin vers la reconnaissance de la portée *erga omnes* de la déclaration d'illégalité d'un tel acte. L'ambivalence des effets de la déclaration d'illégalité, qui sanctionne ponctuellement la méconnaissance d'une règle supérieure sans induire elle-même de censure de l'acte, est heureusement compensée par les obligations qui pèsent sur les autorités d'application des règles. Conceptuellement déconnectée du constat juridictionnel de l'illégalité, l'obligation faite aux pouvoirs publics de ne pas appliquer un acte réglementaire illégal pourrait bénéficier d'une autorité renforcée de la déclaration d'illégalité.

1095. Par voie d'action comme par voie d'exception, la détermination des conséquences de la sanction de l'illégalité témoigne ainsi du souci du juge de veiller à l'équilibre entre la défense du principe de légalité et la préservation de la stabilité des situations juridiques, au nom de la conciliation des exigences de l'État de droit. L'importance croissante des préoccupations en lien avec la seconde de ces valeurs a finalement entraîné une évolution significative de son office, à travers la consécration de son pouvoir de moduler, dans l'intérêt de la stabilité des situations juridiques, les effets des sanctions de l'illégalité.

Chapitre 2 - La modulation de la sanction

1096. Si elle n'est pas dépourvue de limites, l'annulation demeure une technique de sanction des illégalités particulièrement puissante qui se caractérise par son immédiateté, sa rétroactivité et son autorité absolue. Alors qu'elle a gagné en efficacité au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, les mécanismes traditionnels de préservation de la stabilité des situations juridiques face à ses conséquences ont pu révéler leurs limites. Dans certaines circonstances, la disparition d'un acte illégal est en effet susceptible de fragiliser de nombreuses situations non définitives, de remettre en cause la continuité du service public ou plus généralement de porter atteinte à l'intérêt général. Dans de telles hypothèses, l'adoption d'une loi de validation pouvait constituer un moyen efficace de sauvegarder les intérêts menacés par une annulation fondée en droit mais considérée comme inopportune en raison du caractère excessif de ses effets concrets. En faisant intervenir le législateur pour amortir les conséquences d'une décision de justice, ce procédé présentait toutefois des inconvénients sérieux du point de vue de la séparation des pouvoirs, du droit à un procès équitable et plus largement du respect des droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme.

1097. La technique de la modulation des effets de la décision, importée du contentieux communautaire, est progressivement apparue comme un mécanisme permettant de sauvegarder la stabilité des situations juridiques efficacement et sans méconnaître frontalement la séparation des pouvoirs. Dès les origines de la Communauté européenne, l'article 174 du traité prévoyait en effet que la Cour de justice pourrait indiquer, dans la seule hypothèse de l'annulation par voie d'action d'un règlement et si elle l'estimait nécessaire, ceux des effets de cet acte qui devraient être « *considérés comme définitifs* » afin de veiller au respect des exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime²²¹². A partir des années 1970, la Cour a eu recours à ce pouvoir au-delà des limites du texte²²¹³, envisageant l'article 174, selon la formule de l'avocat général Tesauro, comme une « *expression du principe plus général de la sécurité juridique* ». Elle l'a ainsi appliqué par analogie, lors de l'annulation d'actes non-réglementaires et dans la procédure du renvoi en appréciation de validité²²¹⁴. Dans la procédure du renvoi en interprétation, elle a employé un

2212 Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, 2^e ed., pp. 255-256.

2213 Francis DONNAT, « Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union », in *Traité de droit administratif européen*, dir. Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, av. Emilie CHEVALIER, p. 249.

2214 CJCE, 15 octobre 1980, aff. 4/79, *Providence agricole de Champagne*, aff. 109/79, *Maïseries de Beauce* et aff. 145/79 *Roquettes Frères*.

même pouvoir en fondant directement sa compétence sur « *un principe général de sécurité juridique, inhérent à l'ordre communautaire* »²²¹⁵.

1098. La conception extensive de son pouvoir dont la Cour a fait preuve a suscité de vives controverses²²¹⁶ et, lorsque son usage aboutissait à priver les requérants des fruits de leur victoire contentieuse, la résistance de certaines juridictions nationales²²¹⁷. Elle a néanmoins été une source d'inspiration pour ces dernières, qui ont parfois reproduit son exemple. Si plusieurs ordres juridiques nationaux ont ainsi vu l'autorité normative conférer un pouvoir de modulation des effets de leurs décisions aux juridictions internes²²¹⁸, le droit comparé fournit d'assez nombreuses illustrations d'acquisition d'un tel pouvoir par la voie prétorienne²²¹⁹. Préfigurée par une note à l'attention du président de la section du contentieux²²²⁰ témoignant sans hésitation de l'influence du droit communautaire²²²¹, la décision *Association AC !* rendue par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 11 mai 2004 s'est inscrite dans cette

2215 CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana* § 17. V. sur ce point : Emmanuelle BRIBOSIA, Isabelle RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. Dr. ULB.*, 2002-2, vol. 26, p. 133.

2216 Sur ce point v. Pierre LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 375 ; Henri LABAYLE, « La Cour de justice des communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres mœurs ? », *RFDA* 2004, p. 663 ; Alexandre DEFOSSEZ, Nicolas PETIT, « Les effets des arrêts de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des communautés européennes », in *L'effet de la décision de justice*, dir. Georges DE LEVAL et Frédéric GOERGES, CUP Université de Liège, Anthémis, 2008, vol. 102, p. 87.

2217 TI Lille, 15 juillet 1982, *Roquettes Frères*, D. 1982, p. 9, note Jean BOULOUIS ; TA Orléans, 23 février 1982, *Maïseries de Beauce* ; CE, sect., 26 juillet 1985, n° 42204, *Office national interprofessionnel des céréales*, rec. p. 233, *AJDA* 1985, p. 618, concl. Bruno GENEVOIS.

2218 Les Pays-Bas ont notamment reconnu dès 1929, à travers plusieurs lois, la possibilité pour les juridictions administratives de décider de maintenir tout ou partie des effets d'une décision annulée, en considération de motifs d'intérêt général (sur ce point, v. Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la communauté économique européenne*, Dalloz, 1971, p. 428). La Belgique a également eu recours à des textes pour conférer aux juges constitutionnel et administratif un pouvoir de modulation. La Cour d'arbitrage, créée en 1980 et devenue Cour constitutionnelle en 2007, a été dotée d'un pouvoir de modulation des effets de ses annulations par l'article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, dont la rédaction est directement inspirée de celle de l'article 174 du traité de Rome (v. Francis DELPEREE, « Présentation de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *Cah. Cons. Const.* 2002, n° 12). Un pouvoir similaire de maintien des effets des actes réglementaires a également été attribué par le législateur à la section du contentieux administratif du Conseil d'État, par une loi du 4 août 1996. Il a été inscrit à l'article 14 *ter* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, dont la formulation suivait le modèle de l'article 8 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage et de l'article 174 du traité de Rome.

2219 Olivier JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA* 2004, p. 676 ; Pierre BON, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse – Le cas de l'Espagne », *RFDA* 2004, p. 690 ; Olivier LECUQC, « Les effets dans le temps des décisions du Tribunal constitutionnel espagnol », *NCCC* 2015, n° 47, p. 79.

2220 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, « 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, p. 438.

2221 Jean SIRINELLI, « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in *Traité de droit administratif européen*, dir. Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, av. Emilie CHEVALIER, p. 1244.

lignée en consacrant le pouvoir de modulation du juge administratif « *de manière tout aussi prétorienne que la Cour de justice* »²²²². De même, le Conseil constitutionnel paraît s'être inspiré du principe de la jurisprudence *Association AC* et de la méthode du Conseil d'Etat²²²³ à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006²²²⁴, avant que la révision constitutionnelle de 2008 ne lui confère un pouvoir de moduler les effets des décisions d'abrogation prononcées par la procédure de la QPC²²²⁵. La consécration textuelle du pouvoir de modulation dont dispose le Conseil constitutionnel dans le contentieux QPC a, par ailleurs, nourri d'autres évolutions de sa jurisprudence²²²⁶.

1099. La technique de la modulation des effets de l'annulation ou, plus largement, de la sanction de l'illégalité permet au juge de veiller au bon équilibre entre des valeurs qu'il tient à garantir et dont il entend arbitrer les conflits, sans renoncer à sa mission fondamentale. Elle bénéficie aujourd'hui d'une « *assise solide dans l'office contemporain du juge* »²²²⁷ et son

2222 Olivier DUBOS, Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *DA* 2004, n° 8, étude 15.

2223 V. sur ce point : Séverine BRONDEL, « Le Conseil constitutionnel se dote de sa jurisprudence AC ! », *AJDA* 2005, p. 2428 ; Anne-Laure VALEMBOSIS, « La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005) », *LPA* 13 juin 2006, n° 117, p. 7.

2224 CC, 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC. Des dispositions de la loi déferée prévoyaient une participation de l'assurance maladie à un fonds de concours, que le Conseil devait déclarer contraire aux dispositions de la LOLF. Le Conseil indique néanmoins que « *l'intérêt général de valeur constitutionnelle qui s'attache à la protection sanitaire de la population* » justifie que la participation de l'assurance maladie à ce fonds se poursuive jusqu'à la fin de l'année 2006. Il ajoute que ce financement « *devra toutefois être mis en conformité, à compter de l'année 2007, avec les nouvelles prescriptions organiques qui régissent les procédures comptables particulières d'affectation de recettes* », pour conclure à la constitutionnalité sous réserve des dispositions en cause. Si le Conseil constitutionnel avait déjà admis, dans la décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, d'absoudre une disposition inconstitutionnelle de la loi de finance pour 1998 en dehors de toute habilitation constitutionnelle, la décision de 2005 ne constituait ainsi pas une nouveauté absolue. La parenté entre ces décisions d'ailleurs est soulignée par le commentaire autorisé du Conseil constitutionnel, qui souligne que « *ce n'est pas la première fois que le Conseil « suspend » une censure dans l'attente d'une réforme budgétaire dont il fait la condition d'une future décision de conformité* ». Cependant, alors que la décision de 1997 avait principalement tenu compte de circonstances d'ordre politique, la décision de 2005 révélait assez clairement l'influence de la jurisprudence administrative et européenne sur la pratique du Conseil constitutionnel, à travers la référence à un motif d'intérêt général justifiant le maintien de la participation au fonds de concours.

2225 La décision de 2005 ainsi que la jurisprudence *AC* et l'expérience des juridictions constitutionnelles ont d'ailleurs été évoquées lors des débats parlementaires ayant précédé cette révision, pour justifier l'adoption du projet d'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution. V. Jean-Luc WARSMANN, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 820) de modernisation des institutions de la V^e République, 2008, pp. 443-444.

2226 Le Conseil a ainsi dérogé à l'effet rétroactif de ses réserves d'interprétation (CC, 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, considérant n° 19.), et a limité une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre du contrôle *Nouvelle-Calédonie*, en réservant le cas des contrats en cours (CC, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, considérant n° 14). Sur cette question, v. Charles-Edouard SENAC, « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RDP* 2013, p. 1453.

2227 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dact., Paris I, 2013, p. 536.

affirmation témoigne de l'évolution des fonctions du juge et du contrôle de la légalité (**Section 1**). Son développement et sa banalisation ont également favorisé la compréhension de ses limites et inconvénients, et l'émergence de certains principes d'encadrement (**Section 2**).

Section 1 - L'affirmation du pouvoir de modulation dans l'office du juge

1100. La conception classique de l'office du juge de la légalité lui attribue pour fonction essentielle de mettre fin aux atteintes que l'adoption d'actes contraires aux règles supérieures peut causer à l'ordre juridique²²²⁸. Différents arguments inspirés de l'idée de séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des autorités pouvaient justifier qu'il n'aille pas au-delà, notamment en s'abstenant d'adresser des injonctions aux autorités publiques²²²⁹, les conséquences éventuellement excessives de certaines décisions de justice pouvant, au besoin, être tempérées par la technique de la validation législative²²³⁰. Au cours du XX^{ème} siècle, les développements du contrôle de conventionnalité des lois de validation et les évolutions de l'office du juge administratif induites par la consécration de son pouvoir d'injonction ont cependant contribué à leur affaiblissement.

1101. L'attribution au juge du pouvoir de moduler les effets des sanctions qu'il prononce en conséquence du constat de l'illégalité d'un acte juridique implique une très profonde évolution de sa fonction. Celle-ci ne se limite plus, dès l'instant où le juge dispose d'un tel pouvoir, à censurer une illégalité et à prescrire, s'il en est besoin, les mesures d'exécution visant à assurer l'effectivité de sa décision. A cette fonction classique de garant de la hiérarchie des normes et de la régularité des actes juridiques est désormais associée la mission de « *veiller à l'équilibre entre le principe de légalité, l'intérêt général et la sécurité juridique* »²²³¹.

2228 V. par ex. Léon AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1 : 1831-1940, p. 77.

2229 V. cependant, Maxime CHARITE, « Étrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *AJDA* 2015, p. 2253.

2230 En ce sens, v. Pierre Le Mire, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Mel. Chapus*, p. 380 : « *si l'on doit admettre la nécessité de procéder à de telles validations, il est clair que là n'est pas le rôle du juge* ». Un tel argument pouvait, en un sens, justifier l'indifférence du juge aux conséquences de certaines ses décisions : assimilée par le juge comme par l'administration, cette technique n'était pas dénuée de prévisibilité, comme l'illustrent notamment les conclusions du commissaire du gouvernement Devys dans l'arrêt *AC* : « *compte tenu du nombre de personnes ou d'entreprises susceptibles de déposer de telles demandes [de remboursement des contributions], de la complexité de la gestion de ces demandes, des conséquences sur les finances de l'UNEDIC présentées par les défendeurs comme insoutenables dans une situation des finances publiques particulièrement dégradée ou encore du vide juridique créé par la disparition des stipulations relevant des accords d'application, il semble acquis qu'une loi de validation interviendrait dans de brefs délais. Et il est assez probable que les services de l'administration travaillent déjà sur un tel projet.* ».

2231 Mattias GUYOMAR, « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt *Boussuge* ? », *Jcp A* 2012, n° 38-39, 2310.

1102. L'affirmation de cette nouvelle dimension de l'office du juge de la légalité se mesure par la maîtrise technique de ce pouvoir et la maturité avec laquelle il le met en œuvre. Le juge exerce un plein contrôle sur le choix de recourir à la modulation (§1), les effets induits par l'utilisation de cette technique (§ 2) et le champ dans lequel il peut l'employer (§ 3).

§ 1 - La maîtrise du choix de la modulation

1103. Le juge est désormais amené à porter une appréciation sur les effets de sa propre décision afin, le cas échéant, d'en moduler la portée dans une logique de conciliation entre la garantie du principe de légalité et celle de la stabilité des situations juridiques. Cette conciliation est, en premier lieu, opérée par le juge à travers le choix de faire usage de son pouvoir de modulation. Le critère des conséquences manifestement excessives de la décision en conditionne la mise en œuvre (A). C'est au moyen d'un bilan que le juge peut conclure que les conséquences prévisibles de sa décision justifient de recourir au pouvoir de modulation (B). Conçu comme une prérogative exceptionnelle, dont la mise en œuvre dépend de circonstances extérieures au juge, son usage semble affecté par une tendance à la banalisation (C).

A - Un choix conditionné par le critère des conséquences excessives de la décision

1104. Le premier aspect de la « *nouvelle dimension de l'office du juge* »²²³² impliquée par le pouvoir de modulation est qu'il lui appartient de décider de le mettre en œuvre. Après avoir censuré l'acte illégal pour des motifs de droit, c'est donc au juge lui-même qu'il revient, désormais en premier lieu, de décider de déroger à l'effet normal de la sanction prononcée. Si les parties et particulièrement le défendeur²²³³, mais également l'intervenant²²³⁴, peuvent présenter des conclusions tendant à ce que le juge module les effets de sa décision, celui-ci n'est pas lié par leurs écritures et peut, en tout état de cause, exercer ce pouvoir d'office.

1105. Nécessité. Qu'elle soit d'initiative prétorienne ou demandée par l'une des parties, la mise en œuvre du pouvoir de modulation est toujours tributaire de l'appréciation portée par le juge sur les circonstances de l'espèce. À ce titre, en droit européen comme en droit belge, les dispositions qui attribuent au juge un pouvoir de modulation mentionnent de manière

2232 Gilles PELLISSIER, « Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP* 2008, n° 656, étude 7.

2233 Il n'est pas exclu que le requérant formule une telle demande, par ex. v. CE, ass., 19 juillet 2017, n° 370321, *ANODE*, *AJDA* 2017, p. 1879, chron. Guillaume ODINET et Sophie ROUSSEL.

2234 CE, 28 avril 2006, n° 242727, *Dellas*, rec. p. 206 ; CE (Belgique), 25 octobre 2019, n° 245.927, *a.s.b.l. Ligue royale belge pour la protection des oiseaux et consorts*.

laconique que celui-ci peut en faire usage « *s'il l'estime nécessaire* ». L'imprécision de ces textes, qui paraissent faire dépendre la suspension du rétablissement de la légalité d'une appréciation subjective du juge, a pu faire l'objet de légitimes critiques²²³⁵. Dans un style proche, l'article 62 de la Constitution prévoit simplement que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il déclare une loi inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1, « *détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Le considérant de principe de l'arrêt AC se démarque par sa richesse des formules concises inscrites dans les textes, le Conseil d'État ayant adopté une approche très didactique. Il en ressort clairement que le juge peut déroger au principe de l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif « *s'il apparaît que cet effet (...) est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets* ».

1106. Conséquences manifestement excessives. Le critère des conséquences manifestement excessives de la décision, explicitement retenu par les juges administratif et constitutionnel français²²³⁶, correspond à la logique du pouvoir de modulation : « *par son objet même* », celui-ci « *entend répondre à des préoccupations tirées de l'exigence de stabilité des situations juridiques* »²²³⁷. Il permet également de réserver sa mise en œuvre à des hypothèses exceptionnelles, la rétroactivité de l'annulation constituant en effet une « *garantie pour le justiciable* »²²³⁸ qui doit être préservée autant que possible par « *un usage exceptionnel et modéré du pouvoir de modulation* »²²³⁹. L'exigence du caractère manifestement excessif a ainsi pour fonction d'instaurer un certain équilibre entre la stabilité des situations et le rétablissement de la légalité, selon lequel la modulation ne doit être employée par le juge « *que pour neutraliser les conséquences intolérables pour la sécurité juridique de la décision qu'il prononce* »²²⁴⁰.

2235 Pierre LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 369. ; David RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.* 2002, p. 762.

2236 Olga MAMOUDY, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII 2020*, n° 5.

2237 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse - Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA* 2004, p. 438.

2238 GAJA p. 803, n° 103 ; dans le même sens, Damien Connil affirme que « *ce n'est que dans certaines hypothèses, relativement rares, que l'annulation ne doit pas avoir de conséquences rétroactives car celles-ci seraient davantage source de déstabilisation que de satisfaction* » (*op. cit.* p. 395).

2239 Jean SIRINELLI, « Les annulations d'application différée », *RFDA* 2019, p. 797.

2240 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, *op. cit.*, p. 99.

1107. En ce qui concerne particulièrement le juge administratif, le choix de ce critère apparaît inspiré par la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence européenne relatives aux lois de validation, qui n'admettent l'usage de cette technique législative de stabilisation des situations que lorsqu'un motif d'intérêt général suffisant ou impérieux le justifie²²⁴¹. Le développement du pouvoir de modulation ayant été conçu comme un moyen de freiner le recours trop fréquent à ce procédé²²⁴², il est apparu cohérent de l'encadrer par un régime juridique proche. Cet objectif ressort très clairement des conclusions du commissaire du gouvernement Devys, qui estimait que la dérogation au principe de rétroactivité de l'annulation ne pourrait être admise « *que dans les cas, supposés exceptionnels, où les effets d'une telle annulation apparaîtraient véritablement déstabilisateurs* » et « *rendraient le recours à une loi de validation à la fois inévitable et admissible* », soit « *lorsqu'une telle neutralisation des effets rétroactifs de la décision d'annulation répondrait à un impérieux motif d'intérêt général* »²²⁴³.

1108. De manière plus générale, le critère tiré des conséquences de la décision trouve son origine dans la jurisprudence de la CJCE²²⁴⁴. Si les premières applications de l'article 174 alinéa 2 au recours en annulation sont justifiées par une motivation sommaire²²⁴⁵, la Cour se bornant à évoquer des « *exigences* »²²⁴⁶ ou « *d'importants motifs* »²²⁴⁷ de sécurité juridique, c'est dans le cadre de la jurisprudence relative à la modulation des effets de ses arrêts préjudiciels que la condition des « *considérations impérieuses de sécurité juridique* »²²⁴⁸ s'est affirmée progressivement. Dans l'arrêt *Defrenne* de 1976, la Cour a souligné que « *si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, on ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé* »²²⁴⁹. Ce n'est dès lors « *qu'à titre exceptionnel* »²²⁵⁰ qu'elle entend admettre de déroger à l'effet normal de ses décisions, en tenant compte des « *troubles graves* »²²⁵¹ qui

2241 Pascale DEUMIER, « L'intérêt général « impérieux » et les conflits de normes », *Mel. Truchet*, p. 159.

2242 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, *id.* ; Gilles PELLISSIER, « Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP* 2008, n° 656, étude 7 ; Bertrand SEILLER, « Assez d'AC ! », *AJDA* 2018, p. 937.

2243 Christophe DEVYS, *id.*

2244 Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 49.

2245 Hervé CASSAGNABERE, « Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps », *NCCC* 2017, n° 54, p. 47.

2246 CJCE, 27 septembre 1988, aff. 51/87, *Commission c/ Conseil*, § 22 ;

2247 CJCE, 7 mars 1996, aff. 360/93, *Parlement c/ Conseil*, § 35.

2248 CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ Sté Sabena*, § 74.

2249 *Id.* § 71.

2250 CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkvit italiana*, § 17.

2251 *Ibid.*

pourraient en résulter. Bien que ce standard élevé soit principalement évoqué par la Cour dans les procédures du renvoi en interprétation ou en appréciation de validité, il constitue véritablement le critère commun à toute modulation²²⁵² et s'applique également au recours en annulation. L'arrêt *Société des produits de maïs*, rendu sur renvoi préjudiciel, précise ainsi que le pouvoir conféré à la Cour par l'article 174 peut être employé « *lorsque d'impérieuses considérations le justifient* ». La jurisprudence du Tribunal s'inscrit dans le même sens, bien que le standard des considérations impérieuses soit, plus curieusement, employé dans le cadre du recours en annulation « *par analogie* » avec la modulation dans les matières préjudicielles²²⁵³.

1109. Une logique similaire anime le Conseil d'État belge en ce qui concerne l'application de l'article 14 *ter*²²⁵⁴, qui prévoit explicitement depuis 2014 que la modulation « *ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de la légalité* ». Le Conseil d'État considérait déjà qu'il lui appartenait de faire usage de son pouvoir « *avec sagesse et circonspection* » et de n'y recourir que « *lorsqu'il est établi que l'annulation pure et simple de [l'acte] aurait des conséquences extrêmement graves du point de vue de la sécurité juridique* »²²⁵⁵. Ainsi, le juge administratif refuse notamment de moduler les effets de sa décision lorsque « *l'atteinte à la sécurité juridique que fait valoir la partie adverse est inhérente à l'annulation de toute disposition réglementaire illégale* »²²⁵⁶. Postérieurement à la réforme de 2014, il a encore souligné que « *seules des circonstances exceptionnelles peuvent éventuellement justifier qu'il soit dérogé à la règle normale qui veut que l'annulation soit rétroactive* »²²⁵⁷.

1110. Nécessité d'un débat contradictoire. C'est grâce au débat contentieux et aux mesures d'instruction, le cas échéant après avoir sursis à statuer, que le juge peut déterminer avec plus de précision la nature et l'étendue des effets concrets de sa décision²²⁵⁸. Dans ses conclusions

2252 En ce sens, v. Olga MAMOUDY, *op cit.*, p. 49, et en particulier la note n° 12.

2253 TUE, 23 septembre 2020, aff. T-420/17, *Portigon / CRU*.

2254 V. Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017, p. 417.

2255 CE (Belgique), 21 novembre 2001, n° 100.963, *État belge* ; CE (Belgique), 30 octobre 2006, n° 164.258, *Somja et al.* ; CE (Belgique), 8 novembre 2006, n° 164.522, *Union professionnelle belge des médecins spécialistes en médecine nucléaire et al.* ; cette jurisprudence est notamment évoquée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 18/2012, dans lequel la conformité de l'article 14 *ter* à l'article 159 de la Constitution était examinée.

2256 CE (Belgique), 3 novembre 2004, n° 136.961, *Union professionnelle Association belge des médecins spécialistes en médecine physique et réadaptation*.

2257 CE (Belgique), 7 mai 2015, n° 231.158, *S.A. Sagevas et autres* (souligné par nous) ; v. également CE (Belgique), 25 février 2016, n° 233.920, *N.V.I. Pharma*.

2258 En ce sens, v. Olga MAMOUDY, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII 2020*, n° 5.

sur l'arrêt *AC*, Christophe Devys avait d'ailleurs souligné qu'il était « *indispensable* » pour « *l'appréciation des exigences de la stabilité des situations juridiques* » que le juge puisse s'appuyer sur « *les précisions, soumises au débat contradictoire, des parties, qui sont souvent les mieux à même d'appréhender [les] conséquences [d'une annulation]* »²²⁵⁹. S'il est indéniable qu'une telle discussion est un élément incontournable pour que le juge puisse parvenir à pleinement appréhender les effets de l'annulation, il faut reconnaître qu'il serait en tout état de cause « *difficilement acceptable* »²²⁶⁰ qu'il ne veille pas à l'organiser, dès lors que le principe d'égalité des armes, qui découle du droit à un procès équitable, « *impose la réouverture des débats, afin que les parties puissent faire valoir leurs arguments sur la question* »²²⁶¹.

1111. Si l'existence d'un débat contradictoire sur le recours à la modulation constitue une garantie procédurale importante pour les justiciables et en particulier pour les requérants, les différentes juridictions suivent des pratiques et sont soumises à des exigences procédurales variables, qui impliquent des degrés de protection inégalement satisfaisants. Le juge peut ainsi être mis dans l'obligation de recueillir les observations des parties sur le recours à la modulation : tel est le cas du Conseil d'État français, conformément aux principes définis par la jurisprudence *AC*. Un tel débat contribue à la « *concrétisation* » par le juge du standard des conséquences manifestement excessives, qui se traduit dans la motivation de ses décisions de modulation²²⁶² et en renforce l'acceptabilité.

1112. D'autres juridictions échappent à une obligation similaire. Tel semble être fréquemment le cas lorsque leur pouvoir de modulation est organisé par un texte qui ne prévoit pas la nécessité d'un débat contradictoire. La CJUE ou le Conseil constitutionnel peuvent ainsi moduler d'office les effets de leurs décisions sans avoir préalablement recueilli les opinions des parties. Un tel fonctionnement n'apparaît absolument pas satisfaisant et il a été souligné que « *la jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait offrir plus de sécurité juridique aux justiciables en acceptant que la question de la portée temporelle de la décision d'abrogation soit soumise au débat contentieux* »²²⁶³. Une évolution en ce sens apparaît hautement souhaitable. C'est d'ailleurs dans cette direction que s'est orienté le droit

2259 Christophe DEVYS, *id.*

2260 François TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel - quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.* 2012, n° 36, p. 742.

2261 David RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.* 2002, p. 765.

2262 Olga MAMOUDY, *id.*

2263 Olga MAMOUDY, *id.*

administratif belge dès 2014. Alors que le Conseil d'État pouvait, jusqu'alors, appliquer le pouvoir que lui confère l'article 14 *ter* d'office et sans que les parties en aient débattu²²⁶⁴, il ne peut désormais le mettre en œuvre qu'à la demande de l'une d'elles, ce qui va dans le sens d'une garantie du principe de la contradiction. Compte tenu de la rigidité des procédures de modification des textes, notamment en matière constitutionnelle, une évolution jurisprudentielle pourrait constituer une technique adaptée pour affirmer clairement le principe de nécessité d'un débat entre les parties sur le recours à la modulation des effets de la décision de justice. Une inscription de cette exigence au sein du règlement de procédure du Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, éventuellement par l'ajout d'un alinéa à l'article 7 concernant la communication aux parties des griefs relevés d'office, paraît toutefois présenter l'intérêt d'offrir davantage de solennité.

1113. Un bilan approfondi permet au juge d'apprécier le caractère excessif des conséquences potentielles de sa décision.

B - Un choix opéré à l'issue d'un bilan approfondi

1114. Bilan coût-avantages. Le caractère excessif des conséquences de la décision est apprécié de manière concrète par le juge au moyen d'un bilan coût-avantages englobant plusieurs paramètres²²⁶⁵. A cet égard, l'arrêt *AC* indique, en premier lieu, qu'il est apprécié au regard des effets que l'acte produits et des situations constituées lorsqu'il était en vigueur ainsi que de l'intérêt général qui peut s'attacher à son maintien, et, en second lieu, qu'il revient au juge de « *prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation* ». Il s'agit d'une opération de mise en balance d'intérêts antagonistes, dans laquelle le juge se livre à un contrôle global de proportionnalité entre les conséquences du jeu normal de la rétroactivité et celles du maintien de l'acte. La nature très concrète de ce type de raisonnement conséquentialiste et la quantité des paramètres impliqués semblent s'opposer aux tentatives de

2264 V. à ce propos Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *op. cit.*, p. 165. Si le droit administratif belge connaît donc une exception au principe de procédure selon lequel le juge peut exercer d'office le pouvoir de modulation, celle-ci est organisée par la loi et ne peut dès lors être regardée comme remettant en cause sa validité théorique.

2265 Damien CONNIL, *op. cit.*, p. 395 ; v. Emmanuel BREEN, « Réguler ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *Jcp A* 2005, n° 28, comm. 1263., qui qualifie cette opération de « *bilan-diagnostic* ».

systematisation : « *le pragmatisme du juge est à l'œuvre et tout semble affaire d'espèce* »²²⁶⁶. Certains enseignements généraux peuvent toutefois être dégagés de la jurisprudence.

1115. Conséquences négatives de la rétroactivité. L'analyse de la jurisprudence administrative révèle que l'appréciation du caractère excessif des conséquences de la rétroactivité repose fréquemment sur la prise en compte du nombre de situations concernées par l'annulation et de la durée d'application de l'acte annulé²²⁶⁷. De même, dans la jurisprudence du juge européen, « *c'est incontestablement le nombre indéterminé de rapports individuels constitués de bonne foi sous l'empire de la situation juridique antérieure qui justifie l'effet ex nunc de la décision juridictionnelle* »²²⁶⁸. Dans la jurisprudence constitutionnelle, « *l'excessivité est souvent celle de l'atteinte que l'abrogation d'une norme inconstitutionnelle porterait à son tour aux garanties constitutionnelles* ». Elle est parfois une « *donnée quantitative* »²²⁶⁹, tenant au nombre de situations susceptibles d'être remises en cause par l'abrogation²²⁷⁰. Des motifs d'intérêt général²²⁷¹ ou la prise en compte de l'intérêt de tiers qui ne seraient pas en mesure de prévoir les conséquences d'une annulation²²⁷² peuvent également être invoqués à l'appui de la modulation. Les jurisprudences administrative et constitutionnelle s'accordent par ailleurs pour qualifier d'excessive une sanction qui

2266 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, op. cit., p. 101, également p. 149. Dans le même sens, à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, v. Mathieu DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC* 2013, n° 40, p. 63, qui qualifie ce standard de « *nébuleux* » qui juge que sa mise en œuvre est « *par nature une affaire relative et contingente* » (p. 87).

2267 Damien CONNIL, op. cit., p. 395 ; Anne-Charlène BEZZINA, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA* 2014, p. 735. Par ex., CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthony*.

2268 Denys SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », *Mel. Pierre Pescatore*, p. 664.

2269 Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC* 2015, p. 69.

2270 Par ex., CC, 6 octobre 2010, n° 2010-45 QPC, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]* : « *eu égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives* » ; CC, 6 juin 2014, n° 2014-397 QPC, *Commune de Guyancourt [Fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France]* : « *une déclaration d'inconstitutionnalité qui aurait pour effet d'imposer la révision du montant des prélèvements opérés au titre du fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France auprès de l'ensemble des communes contributrices pour l'année en cours et les années passées aurait des conséquences manifestement excessives* ».

2271 Par ex. : CAA Marseille, 9 novembre 2018, n° 17MA02286, *SCI Marine et autres* (prévention des risques d'incendies de forêts) ; CE, 22 décembre 2017, n° 410561, *Association SOS Education* (continuité du service public de l'enseignement supérieur) ; CJUE, 5 septembre 2012, aff. C-355/10, *Parlement & Conseil c/ Commission* (maintien des effets justifié par la préservation du bon fonctionnement des opérations de surveillance des frontières extérieures maritimes des États membres de l'Union) ; CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-490/10, *Parlement et Conseil c/ République française et Commission* (maintien des effets pour prévenir des conséquences négatives sur la réalisation de la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie).

2272 CE, 31 décembre 2019, n° 397315, *FFSA*.

entraînerait la méconnaissance de l'obligation de transposition du droit de l'Union européenne²²⁷³.

1116. Conséquences négatives de la modulation. Face aux considérations précédentes, il convient de rappeler que la modulation implique toujours une atteinte au principe de légalité, dès lors qu'elle retarde la disparition de l'acte qui la méconnaît et qu'elle permet d'en maintenir les effets illégaux, éventuellement de manière définitive. En outre, du point de vue du justiciable, elle amoindrit l'utilité du recours – pourtant fondé – qu'il a introduit et induit potentiellement la persistance dans l'ordre juridique d'un acte qui lèse ses intérêts. Au regard de ces inconvénients, il peut apparaître injustifié de déroger à l'effet rétroactif de l'annulation. La plupart des décisions qui écartent le recours à la modulation le font toutefois après avoir souligné que les conséquences de la rétroactivité ne seraient pas excessives, et non au motif que le maintien des effets de l'acte porterait une atteinte inacceptable au principe de légalité ou aux droits des justiciables. Il arrive néanmoins que le juge souligne, au surplus, que le maintien sollicité par l'administration produirait en soi des effets négatifs²²⁷⁴, en relevant par exemple que « *l'illégalité [de l'acte] constituait par elle-même une atteinte à l'intérêt général* »²²⁷⁵.

1117. Il apparaît finalement que l'appréciation des « *inconvénients que présenterait* » la modulation « *au regard du principe de légalité* » revient, le plus souvent, à mettre en balance la gravité de l'illégalité justifiant l'annulation avec l'ampleur des conséquences de cette sanction. En constatant que l'acte n'est entaché que d'une illégalité d'ordre procédural, réputée d'une moindre gravité que les illégalités relatives au contenu de l'acte, le juge indique que son maintien porterait une atteinte plus faible au principe de légalité, tandis que son annulation rétroactive et ses conséquences matérielles lui apparaissent disproportionnées²²⁷⁶.

2273 CC, 18 juin 2008, n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés ; CE, 9 juin 2016, n° 363638, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*.

2274 V. par ex. TA Toulouse, 20 mai 2021, n° 1902329, *Collectif des riverains de l'avenue de la République et la route de Toulouse à Cornebarrieu et autres*, qui souligne que « *l'annulation rétroactive de la délibération approuvant le PLUIH de Toulouse Métropole serait de nature à emporter des conséquences manifestement excessives au regard des intérêts publics et privés en présence et des inconvénients que présenterait le recours aux possibilités dérogatoires rappelées au point 1 [du jugement, reproduisant le considérant de principe de l'arrêt AC]* » (souligné par nous).

2275 CAA Paris, 23 juin 2020, n° 18PA01240, *Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services* ; v. également l'arrêt CAA Paris, 12 juillet 2019, n° 19PA00602, *Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services de Paris*, dans lequel le juge insiste sur la finalité protectrice de la règle méconnue par une dérogation illégale à l'interdiction du travail de nuit (§ 5).

2276 CJUE, 1^{er} décembre 2015, aff. C-124/13, *Parlement et Commission c/ Conseil* : en l'espèce, alors que règlement litigieux « *poursuit l'objectif d'assurer la conservation et l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la PCP, son annulation avec effet immédiat serait susceptible d'avoir de graves conséquences pour la réalisation de cette politique* » (§ 88) ; la Cour souligne que « *ni le Parlement*

Selon une logique similaire, les inconvénients du maintien d'un acte illégal peuvent être pris en compte lorsque le juge détermine la durée pendant laquelle l'acte continuera à s'appliquer : il s'agit alors de mesurer le degré de tolérance temporaire de l'illégalité que le principe de légalité peut supporter²²⁷⁷.

1118. La confrontation des conséquences négatives de la rétroactivité de l'annulation et du maintien de l'acte illégal consiste ainsi, pour le juge, à mettre en perspective les exigences de la légalité et celles de la stabilité des situations juridiques, mais implique également une opposition des exigences antagonistes de la sécurité juridique entre elles. Le maintien d'un acte, qui permet de garantir la sécurité juridique matérielle²²⁷⁸, tant dans sa dimension collective que dans sa dimension individuelle²²⁷⁹, remet en cause les prévisions fondées des requérants et neutralise l'exigence de hiérarchie des normes : il en résulte fatalement que toute solution donnée au litige heurte à un certain degré le principe de sécurité juridique. Un tel conflit semble ne pouvoir être résolu que par une mise en balance, au cas par cas, des éléments de l'équation.

1119. Obstacles à l'identification des conséquences excessives de l'annulation. *S'« il est impossible de dresser une liste de tous les éléments qui conduisent en définitive le juge à considérer, dans les différents cas d'espèce, que le jeu de l'effet temporel normal de la décision de justice entraînerait des conséquences manifestement excessives »*²²⁸⁰, certaines circonstances constituent des obstacles récurrents à la reconnaissance du caractère excessif nécessaire à la mise en œuvre du pouvoir de modulation.

1120. Existence d'autres mécanismes de protection de la stabilité des situations juridiques. Les conséquences d'une décision d'annulation peuvent ainsi être encadrées par les textes ou la jurisprudence de telle sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme excessives et justifier le recours à la modulation. Dans certaines configurations, le pouvoir de modulation se trouve en effet concurrencé par d'autres mécanismes protecteurs de la stabilité

ni la Commission n'ont contesté la légalité de ce règlement en raison de sa finalité ou de son contenu, de sorte qu'il n'existe pas, à cet égard, d'obstacle qui pourrait empêcher la Cour d'ordonner un tel maintien » (§ 89).

2277 V. par ex. TA Guyane, 16 décembre 2021, n° 2100900, *La CIMADE*.

2278 Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ 2009, p. 113.

2279 V. sur ce point Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 57 et s. ainsi que p. 79 et s.

2280 Olga MAMOUDY, *id.*, p. 149.

des situations juridiques, qui le privent de valeur ajoutée²²⁸¹. Le juge administratif se montre notamment réticent à employer son pouvoir de modulation dans l'hypothèse de l'annulation d'un plan local d'urbanisme²²⁸². Le code de l'urbanisme organise en effet la remise en vigueur systématique du document d'urbanisme antérieur, ce qui empêche la formation d'un vide juridique. Les autorisations individuelles peuvent quant à elles obtenir un caractère définitif à l'expiration du délai de recours contentieux. Le développement des dispositifs législatifs tendant à limiter les conséquences de l'annulation d'un document d'urbanisme sur la légalité des permis octroyés sous son empire contribue par ailleurs à la réduction des perspectives de modulation des effets de l'annulation de tels documents²²⁸³. Le juge administratif belge suit une approche similaire et estime qu'il n'est pas nécessaire de moduler les effets d'une annulation lorsque les actes individuels intervenus sur la base de l'acte censuré sont devenus définitifs, même s'il existe un risque que de tels actes soient écartés par les cours et tribunaux en application de l'article 159 de la Constitution²²⁸⁴.

1121. En revanche, la circonstance qu'un acte vicié peut faire l'objet d'une mesure de régularisation ne s'oppose pas forcément à la modulation de son annulation²²⁸⁵. Si elle peut être justifiée par des considérations d'espèce, une telle solution ne devrait cependant pas revêtir un caractère de principe dès lors que le maintien d'un acte illégal est sans doute moins satisfaisant que sa régularisation²²⁸⁶.

1122. Comportement des intéressés. Le juge peut également tenir compte du comportement prudent adopté par les personnes intéressées en anticipation de son annulation pour apprécier son « *impact réel* »²²⁸⁷ et estimer que celle-ci ne provoquera pas de conséquences excessives. Dans sa décision *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*

2281 Ainsi le Conseil d'État a-t-il rejeté les conclusions tendant à ce que soient modulées les annulations de tableaux d'avancement ou d'arrêtés relatifs à l'organisation de concours, la jurisprudence *Lugan-Strasbourg FM* octroyant, dans ces hypothèses une protection suffisante aux décisions individuelles définitives dérivées des actes annulés : v. CE, 25 juin 2007, n° 304888, *Syndicat CFDT du Ministère des affaires étrangères*.

2282 CAA Lyon, 29 juin 2010, n° 09LY02176, *Payerne*, AJDA 2010, p. 2104, note Camille VINET ; v. également Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 118 et s. et les références citées.

2283 V. par ex. CAA Bordeaux, 15 février 2022, n° 21BX02287, *Toulouse Métropole* ; CAA Lyon 9 novembre 2021, n° 19LY03589, *Presti* ; TA Toulouse, 20 mai 2021, n° 1902329, *L'avenue de la République et de la Route de Toulouse à Cornebarrieu et autres*.

2284 CE (Belgique), 13 décembre 2011, n° 216.841, *ASBL Association du personnel wallon et francophone des services publics*; CE (Belgique), 4 mars 2011 n° 211.807, *NVF Industries*.

2285 Par ex., CAA Bordeaux, 19 mai 2020, n° 19BX03442, *Chambre d'agriculture de la région Nouvelle-Aquitaine*.

2286 Cette considération a notamment inspiré la création prétorienne d'une hypothèse de sursis à statuer en vue de régularisation de l'arrêté de déclaration d'utilité publique, inspirée de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, dans l'arrêt CE, 9 juillet 2021, n° 437634, *Commune de Grabels*, RFDA 2021, p. 932, conc. Sophie ROUSSEL ; RDI 2021, p. 537, note René HOSTIOU ; Jcp A 2021, act. 476, obs. Lucienne ERSTEIN.

(ATMMP) de 2005, le Conseil d'État a ainsi refusé de recourir à son pouvoir de modulation lors de l'annulation de dispositions du code des marchés publics qui avaient exclu certains contrats de son champ d'application en méconnaissance du droit européen. Alors qu'une telle annulation était susceptible d'affecter un nombre important de contrats passés par les collectivités, le juge paraît avoir tenu compte, entre autres considérations, de la circonstance que les acheteurs publics avaient accompli spontanément des mesures de publicité et de mise en concurrence afin de sécuriser leurs procédures de passation de contrats. Une telle prise en compte paraît malheureusement ne pouvoir être qu'asymétrique : la technique de la modulation des effets de l'annulation et les conditions de sa mise en œuvre étant bien intégrées par l'administration, il est craint par certains que « *des travaux ou des dépenses [soient] à l'occasion, précipités de manière à rendre plus difficile le retour à l'état initial en cas d'annulation et à justifier la demande de mise en œuvre de la jurisprudence Association AC* »²²⁸⁸.

1123. Principe d'exclusion des modulations de confort. Les différentes juridictions excluent par principe de faire usage de leur pouvoir de modulation pour le confort de l'administration active ou dans le seul intérêt des finances publiques. Selon une jurisprudence constante de la CJUE, les conséquences financières pour un État membre qui pourraient découler d'un de ses arrêts ne suffisent pas à justifier, par elles-mêmes, le recours à la modulation²²⁸⁹. Dans le même sens, le Conseil d'État a affirmé, dès l'arrêt *Association AC*, que « *la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de cette annulation* »²²⁹⁰. Certaines modulations peuvent néanmoins témoigner d'un assez fort degré de tolérance, notamment de la part des juridictions de première instance²²⁹¹. Enfin, la modulation ne peut être mise en œuvre lorsque l'instruction

2287 Jacques-Henri STAHL, « An I ap. AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC* ! », *RJEP* 2005, n° 624, chron. 100063.

2288 Bertrand SEILLER, note sur CE, 5 février 2018, n° 408487, *Gaz. Pal.* 2018, n° 21, p. 37.

2289 CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, *Griesmar*, § 75 ; v. également CE (Belgique), 21 avril 2004, n° 130.492, *SPRL Funérailles Clerdent*.

2290 CE, 11 juillet 2008, n° 298779, *SIMAVELEC* ; v. également, CAA Bordeaux, 29 avril 2019, n° 18BX01540, *Syndicat des personnels du SDIS-971-FO* ; CAA Nantes, 8 janvier 2021, n° 19NC04628, *Communauté de communes Domfront Tinchebray Interco* ; CAA Lyon, 11 février 2021, n° 19LY01790, *Université de Lyon* ; CE, 31 juillet 2019, n° 428530, *La Cimade et autres*.

2291 V. ainsi TA Poitiers, 15 juillet 2021, n° 2001892, *Ligue contre la violence routière* : pour justifier la modulation de l'annulation d'arrêtés du président du conseil départemental ayant illégalement fixé à 90 km/h la vitesse maximale sur plusieurs routes départementales, le tribunal se borne à relever que l'annulation

ou le débat contradictoire n'ont pu établir avec un degré de précision suffisant les éventuelles conséquences néfastes de l'annulation²²⁹².

1124. Compte tenu des motifs qui l'inspirent et qui sont traduits par ce bilan, la jurisprudence paraît confirmer qu'un usage raisonnable est fait de la possibilité de déroger aux effets normaux de l'annulation.

C - Un choix dérogatoire progressivement banalisé

1125. Retenue. Différents bilans et analyses de la jurisprudence des juridictions ont souligné leur tendance partagée à la retenue dans le recours à la modulation des effets de leurs décisions. Il apparaît que la CJUE fait un usage mesuré de son pouvoir, particulièrement dans le cadre du recours en annulation²²⁹³. Quelle que soit la configuration, la Cour semble se montrer « *très stricte pour considérer que le critère tenant aux considérations impérieuses de sécurité juridique est rempli* »²²⁹⁴. Un constat similaire peut être fait au sujet du Conseil d'État de Belgique, plusieurs auteurs ayant relevé que les dispositifs de modulation des annulations étaient relativement rares²²⁹⁵, notamment en comparaison avec la pratique de la Cour constitutionnelle²²⁹⁶. La plupart des auteurs semblent également reconnaître que le Conseil d'État français fait preuve de modération dans l'usage de son pouvoir de modulation. Conformément à la doctrine des membres du Conseil d'État qui avaient pris position en faveur de la consécration du pouvoir de modulation²²⁹⁷, le considérant de principe de l'arrêt *AC*

« obligerait le département de la Charente à procéder à la dépose de l'ensemble des panneaux fixant la limitation à 90 km/h » et qu'elle « conduirait également à ce que les usagers de la route ayant roulé à une vitesse supérieure à 80 km/h soient en infraction », une telle possibilité apparaissant toutefois incertaine.

2292 Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 107 ; Gilles PELLISSIER, *id.* ; v. par ex. CAA Paris, 22 décembre 2021, n° 20PA03835, *Société Supvéto IPAM* ; CAA Paris, 17 décembre 2021, n° 21PA03772, *Ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion c/ FNSCBA-CGT*.

2293 Jürgen SCHWARZE, *op. cit.*, p. 256.

2294 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dactyl., 2013, p. 99 ; dans le même sens, v. Christophe DEVYS, *id.* : « Si la Cour a une conception extensive du champ de son pouvoir de modulation des effets dans le temps de ses décisions, elle en fait une application restrictive, ne le faisant jouer que lorsque « d'impérieuses considérations de sécurité juridique » le justifient. » ; v. également José Luis DA CRUZ VILACA in *Principe de légalité, principe de sécurité juridique – Entretiens du contentieux du Conseil d'État*, 2018, selon qui « on ne peut pas reprocher à la Cour de faire prévaloir à tout prix le principe de sécurité juridique sur le principe de légalité dès lors qu'elle souligne avec insistance que la limitation dans le temps des effets de ses arrêts est une mesure exceptionnelle, qui ne doit pas mettre en péril le principe de légalité ».

2295 En ce sens, v. Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Larcier, 2017, pp. 167 et s. ; Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, p. 417 ; également François TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel – Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J. T.* 2012, p. 738, qui qualifie de « parcimonieux » le recours par le Conseil d'État à l'article 14 *ter*, et qui recensait alors une vingtaine d'utilisations près de quinze ans après l'institution de ce mécanisme.

2296 En ce sens, v. François TULKENS, *ibid.*

2297 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, *id.* ; Christophe DEVYS, *id.*

soulignait qu'il ne pouvait être dérogé au principe de la rétroactivité de l'annulation qu'« à titre exceptionnel ».

1126. Banalisation. Cette précision sémantique n'a cependant pas fait obstacle à ce que le Conseil d'État exerce une nouvelle fois ce pouvoir moins d'un an après sa première utilisation. Les premiers bilans réalisés par des membres du Conseil d'État ont rapidement signalé « *que si le juge administratif s'est donné un pouvoir qu'il a lui-même qualifié d'exceptionnel, il entend[ait] néanmoins en faire usage lorsque les circonstances le justifient* »²²⁹⁸. En 2010, Damien Connil recensait ainsi une dizaine d'applications par an, et considérait que « *la proportion de dispositifs d'annulation modulée par rapport aux dispositifs d'annulation rétroactive confirm[ait] le caractère exceptionnel de l'aménagement dans le temps des conséquences de l'annulation* »²²⁹⁹. En 2013, la professeure Olga Mamoudy estimait que la modulation était « *loin d'être mise en œuvre de manière systématique* »²³⁰⁰ par le juge administratif, mais relevait cependant que ce pouvoir était appliqué « *de manière moins exceptionnelle que prévue* »²³⁰¹. Par sa décision *Société M6* rendue en assemblée le 23 décembre 2013, le Conseil d'État a finalement modifié le considérant de principe issu de la jurisprudence *AC* pour en retirer les termes « à titre exceptionnel », alignant la formulation du considérant de principe sur la réalité de la jurisprudence. Cette évolution consacrait, selon la professeure Mamoudy, « *l'abandon du caractère exceptionnel de la modulation et réduit, ce faisant, la portée du principe de la rétroactivité de l'annulation pour excès de pouvoir* »²³⁰². Malgré cette évolution rédactionnelle²³⁰³, il semble que « *le juge respecte la fermeté originelle de la modulation des effets dans le temps* » et n'y recourt que pour « *favoriser la stabilité des situations juridiques dans une mesure exceptionnelle* »²³⁰⁴. La banalisation du recours à la modulation qu'elle entérine suscite cependant des critiques de la part de la doctrine, qui

2298 Gilles PELLISSIER, « Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP* 2008, n° 656, étude 7 ; v. également Jacques-Henri STAHL, « An I ap. AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt Association AC ! », *RJEP* 2005, n° 624, chron. 100063.

2299 Damien CONNIL, *op. cit.*, p. 395.

2300 Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 101.

2301 Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

2302 Olga MAMOUDY, *ibid.*

2303 Certaines décisions postérieures à l'arrêt *Société M6* de 2013 ont toutefois reproduit la formulation initiale du considérant de principe de l'arrêt *AC* et maintenu la référence au caractère « *exceptionnel* » de la dérogation au principe de l'effet rétroactif : v. par ex. CE, 21 septembre 2016, n° 388034, *Danthony* ; CE, 20 mars 2017, n° 395326 *Association de défense des agriculteurs de La Réunion* ; CE, 8 juillet 2021, n° 452731, *Association Pass Las 21 Besançon* ; CE, 7 avril 2022, n° 448296, *GISTI*.

2304 Anne-Charlène BEZZINA, *id.*

s'inquiète de l'affaiblissement de l'efficacité du contrôle de la légalité qui pourrait résulter du développement de nouvelles annulations platoniques²³⁰⁵.

1127. A la suite des différents bilans effectués au cours des dix premières années de l'application de la jurisprudence *AC*, l'analyse de sa mise en œuvre entre 2015 et 2022 par le Conseil d'État et les cours administratives d'appel tend à confirmer que le juge administratif fait un usage raisonnable et modéré de ce pouvoir qui, s'il n'est pas mis en œuvre de manière statistiquement exceptionnelle, demeure une dérogation de nature exceptionnelle au principe de rétroactivité de l'annulation²³⁰⁶. La modulation de l'annulation se distingue ainsi de techniques telles que l'annulation conditionnelle sous réserve de régularisation qui, dans certaines branches du contentieux administratif, s'est affirmée comme la solution de droit commun.

1128. Le raisonnement concret suivi par le juge pour décider de recourir à la modulation se poursuit lorsqu'il doit déterminer les modalités d'application de ce pouvoir. Il dispose d'une marge de manœuvre comparable et maîtrise pleinement les effets de la modulation.

§ 2 - La maîtrise des effets de la modulation

1129. Le juge peut moduler l'effet de la sanction qu'il prononce en manipulant différents paramètres afin d'en adapter la portée aux enjeux de chaque espèce. Il peut ainsi définir les effets temporels de la modulation de la sanction (**A**), et déterminer l'étendue spatiale de sa décision (**B**). Par comparaison, il ne paraît pas en mesure d'exercer une pleine maîtrise du caractère contraignant de sa modulation (**C**).

A - Les effets temporels de la modulation de l'annulation

1130. S'il estime que l'effet naturel de la sanction de l'illégalité présente un caractère excessif, le juge peut employer son pouvoir de modulation selon différentes modalités afin de

2305 Bertrand SEILLER, « Assez d'*AC* ! », *AJDA* 2018, p. 937 ; Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100 ;

2306 Le recensement des applications de la jurisprudence *AC* effectuées entre 2015 et 2022 par le Conseil d'État et les cours administratives d'appel a été opéré au moyen de recherches par expression sur les bases de données Ariane et Légifrance. Les expressions utilisées étaient « *conséquences manifestement excessives* », qui permet d'identifier les reproductions des différentes versions du considérant de principe de l'arrêt *AC*, et « *sur les conséquences de l'illégalité* », dont l'usage en tant que sous-titre est recommandé par la juridiction administrative lorsque le considérant de principe n'est pas reproduit dans la motivation. Sans prétendre à l'exhaustivité, cette recherche a pu fournir un échantillon suffisamment représentatif de l'application de cette technique par le juge administratif au cours de la période récente.

réaliser la conciliation qui lui paraîtra optimale entre la préservation de la stabilité des situations juridiques et les exigences de la légalité.

1131. Modulations de l'annulation. Les principales modalités de la modulation des effets de l'annulation, qui implique normalement la disparition *ex tunc* des dispositions censurées et des effets qu'elles ont produits sont, d'une part, l'annulation *ex nunc* « qui consiste en une annulation dont les effets ne courent qu'à compter de la date de la décision »²³⁰⁷ et, d'autre part, l'annulation dite *pro futuro*, « dont les effets sont différés »²³⁰⁸. La modulation de l'annulation est ainsi « teintée d'une double philosophie, de droit transitoire et de droit de validation, inégalement attentatoires aux droits des justiciables »²³⁰⁹. Ces deux techniques, que le juge peut le cas échéant associer, sont évoquées par le considérant de principe de l'arrêt *AC* ainsi que par l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État de Belgique. Si, pour sa part, l'article 264 TFUE ne mentionne que la possibilité du maintien des effets déjà produits par l'acte, la CJUE a rapidement interprété cette disposition comme l'autorisant à maintenir provisoirement un acte annulé, au-delà de la date de sa décision²³¹⁰ et « dans l'attente d'un nouvel acte »²³¹¹.

1132. Modulations de l'abrogation. Alors que les effets d'une abrogation sont plus limités que ceux de l'annulation, il n'est pas exclu qu'ils suscitent un trouble social important. Ainsi, en consacrant la possibilité pour le juge administratif d'annuler un acte réglementaire devenu illégal du fait d'un changement de circonstances dans l'arrêt *Association ELENA*, le Conseil d'État a tenu à prévoir que cette sanction de l'illégalité pourrait être modulée dans les conditions de la jurisprudence *Association AC*. L'enjeu principal de la modulation d'une sanction valant pour l'avenir est celui de son utilité pour le requérant. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a affirmé le principe selon lequel l'abrogation bénéficie aux instances en cours. Elle est donc revêtue d'une certaine rétroactivité, que le Conseil peut limiter en conférant à sa décision un effet purement abrogatif²³¹².

2307 Damien CONNIL, *op. cit.*, p. 392.

2308 *Ibid.*

2309 Jean SIRINELLI, « Les annulations d'application différée », *RFDA* 2019, p. 797.

2310 CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, *Commission c/ Conseil*, § 15.

2311 Francis DONNAT, « Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union », in *Traité de droit administratif européen*, dir. Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, av. Emilie CHEVALIER, p. 249.

2312 Sara BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP* 2011, p. 1189.

1133. Limitation de la rétroactivité. L'annulation *ex nunc* répond « *au souci de garantir une certaine stabilité des situations juridiques constituées* »²³¹³. Elle consiste en une limitation du caractère naturellement rétroactif de l'annulation, qui met fin pour l'avenir à l'illégalité par un procédé pouvant s'apparenter à une abrogation contentieuse, tout en stabilisant les effets passés de l'acte illégal et les situations qui en découlent. Selon la terminologie de l'arrêt *AC*²³¹⁴, la décision peut prévoir que « *tout ou partie des effets [de l'acte] antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs* », une telle formule étant alors reproduite dans le dispositif d'annulation²³¹⁵. La modulation s'assimile en ce sens à une validation, dont il résulte que l'illégalité de l'acte est rendue inopérante. Ses effets matériels passés ne peuvent être remis en cause, et les décisions prises sur son fondement avant son annulation ne peuvent pas être privées de base légale par les techniques de l'exception d'illégalité ou de l'annulation par voie de conséquence.

1134. Sous cette forme, l'intérêt principal de la modulation est de garantir la stabilité des effets illégaux produits par l'acte antérieurement à l'annulation. Elle peut ainsi être employée lorsque l'annulation présente le risque de remettre en cause un nombre élevé de situations formées antérieurement²³¹⁶, ou des situations dont le maintien paraît important²³¹⁷. Le juge l'utilise notamment lorsque l'annulation d'un acte à large rayon d'action fixant des tarifs, comme en matière de sécurité sociale²³¹⁸ ou d'énergie²³¹⁹, pourrait amener l'administration à faire face à un afflux de demandes de rectifications et mettre à sa charge l'obligation d'émettre des factures rétroactives, au détriment de la continuité et de l'efficacité du service public. L'observation de la jurisprudence démontre également qu'elle est presque systématiquement²³²⁰ employée lors de l'annulation de mesures d'extension d'accords

2313 Damien CONNIL, *op. cit.*, p. 393.

2314 Qui se retrouve également dans les textes européens et belges.

2315 Par ex., CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC et autres* : « Article 5 : Les dispositions, autres que celles annulées à l'article 4 (...) sont annulées. Toutefois, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les effets antérieurs à cette annulation des dispositions en cause doivent être réputés définitifs. »

2316 CE, 22 décembre 2017, n° 410561, *Association SOS Education* : l'annulation d'une circulaire relative au tirage au sort dans les filières universitaires « en tension » présentait le risque de fragiliser toutes les inscriptions en licence non définitives.

2317 CAA Bordeaux 14 novembre 2017, n° 17BX01721, *Société Crus et châteaux du Sud-Ouest* : l'annulation d'une décision désignant un organisme de défense et de gestion pour les appellations d'origine contrôlées présente le risque de remettre en cause les appellations revendiquées et de créer une chaîne d'illégalités procédurales.

2318 CE 17 juin 2019, n° 418512, *Association FNATH et autres*.

2319 CE 9 mars 2018, n° 407516, *Société Enedis* ; CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC !* ; CE, ass., 19 juillet 2017, n° 370321, *ANODE*.

2320 V. cependant CE, 16 décembre 2019, n° 396001, *Société Allianz IARD*.

collectifs²³²¹. Son usage est également fréquent lorsque l'annulation d'autorisations sanitaires remettrait en cause les conditions dans lesquelles des prestations de santé ont été effectuées²³²². Lorsque l'acte est annulé en cours d'application mais que sa disparition rétroactive pourrait entraîner des conséquences jugées excessives, cette modalité de la modulation permet d'effectuer une conciliation acceptable entre la protection de la stabilité des situations et le rétablissement de la légalité. En revanche, ce type de modulation conduit à faire primer totalement le principe de sécurité juridique lorsque l'acte maintenu a déjà épuisé tous ses effets au moment de l'annulation, qui est alors susceptible de revêtir une dimension platonique, sous réserve, le cas échéant, de son application aux actions contentieuses introduites à la date de la décision.

1135. Report de la date d'annulation. L'annulation *pro futuro* implique de différer la date de disparition de l'acte afin qu'il se maintienne postérieurement à la date de la décision de justice. Elle « *permet le plus souvent d'éviter un vide juridique et donne aux personnes concernées le temps d'organiser les suites de cette annulation particulière* »²³²³. Le juge administratif français avait déjà expérimenté une technique proche dans sa décision *Titran* de 2001, en reportant dans le temps l'obligation d'accomplir les mesures d'exécution nécessaires à l'effectivité d'un jugement d'annulation. Un tel pouvoir de « *modulation temporelle des effets de l'annulation* »²³²⁴ se borne à suspendre l'annulation dont l'effet naturellement rétroactif ne semble pas altéré²³²⁵. L'annulation *pro futuro* s'en distingue dès lors que l'arrêt *AC* envisage cette modalité de la modulation comme un complément de la limitation de la rétroactivité : il indique ainsi que le juge peut prévoir dans la décision d'annulation que les effets passés de l'acte seront regardés comme définitifs « *ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine* »²³²⁶. Associé à la validation des effets de l'acte antérieurs à l'annulation, le report de la date d'annulation a pour conséquence de permettre à l'acte de continuer à produire des effets, lesquels seront réputés définitifs par avance. Une telle conception ressort nettement des conclusions du commissaire

2321 CE, 31 décembre 2019, n° 397315, 397152, 397137, 397134, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)* ; CE, 28 novembre 2018, n° 379677, *CGT-FO* ; CE, 17 mars 2017, n° 396835, *Syndicat national des prestataires de services d'accueil et services d'animation et de promotion des ventes (SNPA)* ; CE, 15 mars 2017, n° 390810, *Association des comédiens et intervenants audiovisuels*.

2322 V. sur ce point CE, 5 février 2018, n° 408487, *Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne, privés à but non lucratif*, rec. T., *Gaz. Pal.* 2018, n° 21, p. 37, note Bertrand SEILLER ; TA Lille, 7 avril 2021, n° 1706788.

2323 Damien CONNIL, *id.*

2324 Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963.

2325 En ce sens, Mattias GUYOMAR, Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e ed., p. 446.

2326 Nous soulignons.

du gouvernement Devys, dans lesquelles il distinguait l'annulation « limitée à l'avenir » et l'annulation « aux effets différés » : « L'annulation aux effets limités à l'avenir a pour conséquence que les effets de l'acte dont l'annulation est prononcée, intervenus avant la date de la décision, doivent être regardés comme définitifs. Et l'annulation aux effets différés prolonge cette protection jusqu'à la date indiquée dans la décision »²³²⁷. Les dispositifs d'annulation décrivent ce type de modulation par des formules diverses, qu'il conviendrait d'unifier dans un souci de clarté. Certaines décisions précisent à la fois que l'acte illégal est annulé « à compter » d'une date ultérieure et que les effets produits jusqu'à cette date sont réputés définitifs²³²⁸. D'autres se bornent à indiquer que l'acte est annulé « à compter » d'une date ultérieure sans affirmer explicitement le caractère définitif de ses effets passés, mais en prévoyant tout de même une réserve pour les instances en cours²³²⁹.

1136. Sous cette forme, la modulation des effets de la décision permet à la fois de stabiliser les actes dérivés de l'acte annulé, aussi bien pour le passé que pour l'avenir, et de prévenir le risque de création d'un vide juridique. L'annulation *pro futuro* est employée lorsqu'il apparaît nécessaire d'assurer la continuité du service public²³³⁰ ou du fonctionnement d'un secteur d'activité²³³¹ jusqu'à l'adoption d'un acte légal pouvant succéder à l'acte annulé, ou lorsqu'il semble opportun de garantir pendant ce délai la satisfaction même partielle de l'intérêt général²³³². Elle présente également un intérêt particulier pour éviter les perturbations qui pourraient résulter de la remise en vigueur immédiate des dispositions applicables antérieurement à l'adoption de l'acte annulé, qui est une conséquence du principe de rétroactivité de l'annulation²³³³. A ce titre, l'annulation différée de l'acte peut être décidée pour ne pas entraîner une méconnaissance du droit de l'Union européenne²³³⁴.

2327 Christophe DEVYS, *id.* (nous soulignons).

2328 CE, 23 décembre 2013, n° 363702, *Société M6 et Société TF1* (articles distincts du dispositifs).

2329 Par ex., CE, 16 mai 2008, n° 290416, *Département du Val-de-Marne* ; CE, 25 novembre 2015, n° 370610, *Fondation Jérôme Lejeune* ; CE, 9 juin 2016, n° 363638, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*.

2330 CE, sect., 25 février 2005, n° 247866, *France Télécom* ; CAA Paris, 24 mai 2017, n° 14PA05294, *FNSEA* ; CE 23 décembre 2016, n° 394819, *La CIMADE et autres* ; CE, 28 septembre 2016, 377190, *M. Dumas*.

2331 CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ 12, Société TF1*, concl. Terry OLSON, rec. p. 71.

2332 CE 21 février 2018, n° 401344, *Fédération Allier Nature* ; CE, 23 octobre 2017, n° 394474, *Conseil national des barreaux* ; CE, 19 juin 2017, n° 402876, *M. F...B. et autres* ; CAA Bordeaux, 30 mai 2017, n° 16BX02611, *FNSEA* ; CE, 25 novembre 2015, n° 370610, *Fondation Jérôme Lejeune*.

2333 CE, 11 juillet 2008, n° 298779, *SIMAVELEC, RJEP 2008*, n° 659, comm. 53, concl. Célia VEROT ; CE 17 juin 2011, n° 324816, *Société Canal +* ; CAA Bordeaux, 19 mai 2020, n° 19BX03442, *Association Nature Environnement 17 et autres* ; CE, 20 mars 2017, n° 395326, *Association de défense des agriculteurs de La Réunion*.

2334 CE, 9 juin 2016, n° 363638, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*.

1137. Second bilan. C'est au terme d'un second « *bilan-remède* »²³³⁵, mené après le premier bilan ayant établi le caractère manifestement excessif des conséquences de sa décision, que le juge détermine la forme de modulation la plus adaptée aux circonstances de l'espèce. Un tel raisonnement est « *par essence* » caractérisé par une logique conséquentialiste affirmée : « *la gestion des effets dans le temps des décisions n'est pas une déduction syllogistique à partir de principes transitoires mais l'intégration par le juge dans sa décision des conséquences qu'elle va produire* »²³³⁶. Au travers du pouvoir de modulation, l'exigence de stabilité des situations juridiques induit ainsi une nouvelle mutation de l'office du juge à qui il appartient désormais d'apprécier le temps pendant lequel l'acte ou les dispositions doivent être maintenues, le cas échéant afin de permettre à l'autorité normative compétente d'intervenir²³³⁷.

1138. L'équilibre entre la légalité et la stabilité repose également sur la détermination des modalités d'application de la décision dans l'espace.

B - Les effets spatiaux de la modulation de l'annulation

1139. L'exercice du pouvoir de modulation peut permettre de ne pas remettre en cause les effets passés d'un acte et de continuer à l'appliquer de manière temporaire, en dépit de son illégalité. Une telle solution va à l'encontre des objectifs, aussi divers soient-ils, poursuivis par les requérants ou d'autres justiciables. Si elle peut être justifiée par le souci de garantir la stabilité des situations juridiques ou des considérations d'intérêt général plus larges, les exigences du droit à un recours effectif doivent également être prises en compte par le juge, qui doit veiller à leur conciliation. A cette fin, il dispose du pouvoir d'ajuster les conséquences de la modulation en déterminant le champ de ses exceptions, au sein duquel la sanction de l'illégalité conservera son effet habituel et son utilité pour les demandeurs.

1140. Variation de l'utilité de la sanction de l'illégalité. L'utilité d'une décision juridictionnelle est une donnée subjective, qui ne coïncide pas exactement avec les finalités du recours et qui varie notamment en fonction des intérêts des sujets de droit concernés par l'acte contesté. En contentieux objectif, pour certains requérants, la sanction peut présenter un effet utile abstrait dès l'instant où elle permet l'éviction pour l'avenir d'un acte qui lèse leurs

2335 Emmanuel BREEN, « Réguler ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *Jcp A* 2005, n° 28, comm. 1263.

2336 Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC* 2015, p. 69.

2337 Johanne SAISON-DEMARS « L'office du juge administratif face au temps - A la recherche du temps perdu... le temps retrouvé », *D.A.* 2012, n° 2, ét. 4 ; Pascale DEUMIER, *id.*, p. 65.

intérêts²³³⁸, sans nécessairement qu'ils aient souffert de son application. Pour d'autres, la sanction juridictionnelle d'une illégalité ne s'avère utile que s'ils peuvent en bénéficier de manière concrète dans le cadre des instances auxquelles ils prennent part. Cette possibilité peut découler simplement de l'effet immédiat de la sanction : lorsque le juge doit faire application des textes en vigueur à la date à laquelle il se prononce, la déclaration de l'illégalité d'un acte juridique ou son abrogation permettent de l'écarter *hic et nunc*. Compte tenu du principe de contentieux objectif selon lequel la légalité d'un acte s'apprécie au regard des circonstances de droit en vigueur au moment de son édicton, l'utilité concrète de la sanction d'une illégalité peut toutefois être conditionnée à son caractère rétroactif : c'est ainsi l'effet *ex tunc* de la déclaration d'illégalité d'un acte général qui permet de priver de base légale rétroactivement l'acte d'application contesté au principal, afin d'en obtenir l'annulation.

1141. Exception à l'effet *ex nunc*. Lorsque la balance des intérêts en présence conduit à faire primer la sécurité juridique sur le respect de la légalité, le juge peut encore opérer une forme de conciliation supplémentaire entre les exigences de la stabilité des situations juridiques, d'une part, et celles du droit au recours et à l'effet utile de la décision, d'autre part, en prononçant la modulation des effets de la décision *sous réserve* de certaines situations qui en seront exemptées. L'exception aux effets de la décision se voit ainsi assortie elle-même d'exceptions, ce qui se traduit de manière concrète par une conservation restreinte de l'effet attaché en principe à la sanction de l'illégalité. En fonction de leur nombre, la détermination des situations qui seront exemptées de l'effet de la modulation implique inévitablement une certaine diminution du potentiel de stabilisation des situations que le recours à cette technique présente. Dès lors, sauf à priver la modulation de toute efficacité, il est nécessaire de distinguer parmi les justiciables entre ceux à l'égard desquels le dispositif de modulation s'imposera pour des motifs de sécurité juridique et ceux dont il convient de préserver le droit au recours. Cette distinction est généralement établie en opposant les actions introduites *avant* la décision de modulation et celles introduites *postérieurement*.

1142. Réserve des instances en cours. Le juge peut prévoir que la modulation ne concernera pas les instances en cours à la date de sa décision. Une telle solution induit une différence de traitement entre les justiciables en fonction du moment auquel ils ont agi, qui

2338 V. ainsi CE, ass., 19 juillet 2019, n° 424216, 424217, *Association des Américains Accidentels*, AJDA 2019, p. 1986, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS ; RFDA 2019, p. 891, concl. Alexandre LALLET.

repose sur la conception selon laquelle ceux qui ont introduit une action avant la décision de modulation se trouvent dans une situation différente de ceux qui ont agi après. Conformément à l'adage *jura vigilantibus prosunt*, il semble ainsi légitime de garantir les droits des premiers, qui ont engagé des procédures en vue d'obtenir un avantage ou de rétablir leurs intérêts lésés. En revanche, le souci de préserver la stabilité des situations juridiques et d'éviter tout « *effet d'aubaine* »²³³⁹ justifie que les seconds, qui sont restés passifs, ne puissent échapper au dispositif de modulation. Si une telle distinction ne peut qu'imparfaitement refléter la réalité, elle constitue un arbitrage rationnel et acceptable entre les exigences du droit au recours et de la sécurité juridique.

1143. Office du juge. Ce pouvoir relève de l'office du juge au même titre que celui de moduler les effets de la décision, dont il découle directement. S'il apparaît ainsi comme un trait commun à la pratique des différentes juridictions, sa mise en œuvre obéit à des modalités plus ou moins contraignantes, qui garantissent à des degrés variables le respect du droit au recours.

1144. Appréciation au cas par cas de la nécessité de prévoir une réserve des instances en cours. Dans certains systèmes juridiques, la détermination de situations exemptées de l'effet *ex nunc* de la décision constitue une simple faculté pour le juge, qui en apprécie la nécessité au cas par cas. La CJCE, notamment, a souscrit de manière générale à une telle conception. Alors que ses premières décisions de limitation des effets de l'annulation d'actes réglementaires ne prévoyaient pas de réserve des instances engagées, la Cour a d'abord admis de faire usage de cette technique dans le cadre du recours en interprétation, par son arrêt *Defrenne* de 1976. Ainsi, après avoir limité l'effet rétroactif de son interprétation de l'article 119 du traité de Rome relatif à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes en prévoyant que son effet direct ne pouvait être invoqué « *à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieures à la date [de l'arrêt]* », elle a ménagé une exception en faveur des travailleurs ayant « *introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente* »²³⁴⁰, qui ont pu bénéficier de l'effet *ex tunc* habituel de l'interprétation.

1145. Elle n'a, en revanche, prévu aucune réserve semblable lorsqu'elle a modulé les effets temporels de ses déclarations d'invalidité pour la première fois, dans l'affaire des montants

2339 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, *id.*

2340 CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ Sté Sabena*, § 75.

compensatoires monétaires ayant donné lieu aux arrêts *Providence Agricole de la Champagne, Roquette Frères* et *Maïseries de Beauce* de 1980²³⁴¹. Il est possible que cette solution ait été justifiée, du point de vue de la Cour, par le souci de ne pas compromettre l'efficacité de la modulation. Alors que l'invalidité constatée était susceptible « *d'occasionner des différences de traitement considérables* » et « *de causer de nouvelles distorsions de la concurrence* » en donnant lieu au recouvrement de montants compensatoires indument perçus, il pouvait sembler incompatible avec l'objet même de la modulation d'en exempter certains opérateurs²³⁴².

1146. Malgré ces considérations, la doctrine a vivement critiqué le choix de la Cour de conférer à ses arrêts un effet *ex nunc erga omnes*²³⁴³, dont « *l'inconvénient majeur* » était de « *mettre à la charge de l'opérateur victime d'une illégalité le prix de la sécurité juridique, en privant du même coup d'une grand part de son intérêt pour les particuliers le renvoi préjudiciel en appréciation de validité* »²³⁴⁴. La solution retenue par la Cour a également suscité une forte désapprobation de la part de certaines juridictions nationales, qui ont estimé qu'elle méconnaissait les règles du partage des compétences entre les juridictions ou le principe du droit au recours.

1147. Sans remettre en cause la solution adoptée en 1980 dans l'affaire des montants compensatoires monétaires, la CJCE a infléchi sa position à partir de 1985. Elle a précisé dans son arrêt *Société des produits de maïs* que, lorsqu'elle décide de moduler l'effet de son arrêt sur le fondement de l'article 174 du traité, il lui appartient « *de déterminer si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps (...) peut être prévue en faveur soit de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale, soit de tout autre opérateur économique qui aurait agi de manière analogue avant la constatation d'invalidité, ou si, à l'inverse, même pour des opérateurs économiques qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat* »²³⁴⁵.

2341 CJCE, 15 octobre 1980, aff. 4/79, *Providence agricole de Champagne*, aff. 109/79, *Maïseries de Beauce* et aff. 145/79 *Roquettes Frères*.

2342 Aff. 145/79, § 52.

2343 V. Henri LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres moeurs ? », *RFDA* 2004, p. 663.

2344 Denys SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », *Mel. Pierre Pescatore*, p. 651

2345 CJCE, 27 février 1985, aff. 112/83, *Société des produits de maïs*, § 18.

1148. Postérieurement à cette décision, la Cour constitutionnelle italienne a souligné, dans un arrêt *Fragd* de 1989, que la position du juge européen demeurait insatisfaisante du point de vue des droits fondamentaux. Saisie par un opérateur qui n'avait pu bénéficier de la déclaration d'invalidité prononcée par la CJCE, elle a jugé que le droit à une protection juridictionnelle effective « *se trouverait vidé de sa substance si le juge qui doute de la légalité d'une disposition qu'il devrait appliquer se voyait répondre par l'autorité juridictionnelle à laquelle il est tenu de s'adresser qu'effectivement la disposition n'est pas valide mais que cette invalidité ne produit pas d'effet dans le litige faisant l'objet de la procédure principale [et] qu'il y aurait donc lieu de le trancher en application d'une disposition reconnue illégale* ».

1149. C'est finalement par son arrêt *S.A. Roquette* de 1994 que la CJCE a reconnu, comme l'avocat général Darmon l'y avait invitée, qu'une modulation de la déclaration d'invalidité se traduisant par un effet *ex nunc erga omnes* était susceptible de priver certains justiciables du « *droit à une protection juridictionnelle effective en cas de violation par les institutions de la légalité communautaire* » et de remettre en cause « *l'effet utile* » des dispositions du traité relatives au renvoi préjudiciel²³⁴⁶. Elle a alors admis que les opérateurs économiques ayant introduit un recours contre des avis de perception de montants compensatoires antérieurement à la date de son arrêt préjudiciel étaient en droit de se prévaloir de l'invalidité du règlement de base déclaré invalide. Cette évolution de la position de la Cour dans l'affaire des montants compensatoires n'a toutefois pas impliqué de remise en cause générale du principe affirmé en 1985 dans l'arrêt *Société des produits de maïs*, selon lequel elle apprécie au cas par cas s'il convient de prévoir une exception à la modulation en faveur des instances en cours. A plusieurs reprises, la Cour a ainsi confirmé que la seule déclaration d'invalidité pour l'avenir pouvait être regardée comme un remède adéquat, justifiant qu'il ne soit pas prévu de réserve à la limitation des effets de sa décision²³⁴⁷.

1150. Affirmation du principe de la réserve des instances en cours. La controverse suscitée par l'effet *ex nunc erga omnes* conféré par le juge européen à ses arrêts de 1980 a nourri la réflexion au niveau national sur le pouvoir de modulation du juge administratif. M. Stahl et Mme Courrèges avaient ainsi, par référence à la jurisprudence de la Cour, souligné,

2346 CJCE, 26 avril 1994, aff. C-228/92, *Roquette Frères*, §§ 26-29.

2347 Par ex., CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* (conclusions contraires de l'avocat général sur ce point) ; CJUE, 28 avril 2016, aff. C-191/14, *Borealis Polyolefine GmbH*.

dans leur note adressée au président de la section du contentieux, qu'il apparaissait nécessaire de « *préserver les intérêts de ceux qui ont engagé des contentieux recevables avant le prononcé de la décision d'annulation* » lors du recours au pouvoir de modulation. Le commissaire du gouvernement Christophe Devys avait conclu dans le même sens en affirmant que « *l'équilibre du procès* » exigeait de « *réserver le sort des actions contentieuses engagées à la date de [la] décision* ». Afin de ne pas prêter le flanc à des critiques semblables à celles qui avaient visé la Cour vingt ans plus tôt, le Conseil d'État a dès lors choisi d'inscrire le principe de la réserve des instances en cours dans le considérant de l'arrêt *AC*.

1151. En dépit de l'importance attachée à ce principe au moment de la consécration du pouvoir de modulation du juge administratif, la jurisprudence a dévoilé qu'il ne présentait pas de caractère absolu. Le Conseil d'État l'a notamment écarté lors de la modulation de l'annulation d'actes individuels. Les arrêts *Sire*, *Vignard* et *Robert* relatifs à l'annulation de nominations de magistrats judiciaires ne prévoient en effet aucune réserve à la modulation, et emploient une version du considérant de principe de l'arrêt *AC* dans laquelle il n'est pas fait référence à cet aspect de son pouvoir. Cette solution paraît pouvoir s'expliquer par la prise en compte de la nature particulière des actes administratifs individuels. Alors que la réserve des « *actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause* » présente un intérêt lorsque la portée générale d'un acte réglementaire a permis qu'il soit appliqué par des mesures individuelles, qui ont à leur tour pu être contestées devant le juge, un acte administratif individuel n'est le plus souvent pas amené à *fonder légalement* des décisions subséquentes. Par ailleurs, dans ces espèces, des réserves à la modulation pouvaient s'avérer incompatibles avec l'objet même de cette technique : en permettant que soient remises en cause les décisions à l'adoption desquelles les magistrats illégalement nommés avaient pris part, les réserves auraient affaibli l'utilité de la modulation et pu porter atteinte à la continuité du service public de la justice²³⁴⁸.

1152. Parallèlement à ces hypothèses, certaines décisions du Conseil d'État ont également omis de façon « *mystérieuse* »²³⁴⁹ la réserve des instances en cours lors de la modulation de l'annulation d'actes réglementaires²³⁵⁰. Le juge paraît finalement avoir admis explicitement qu'il soit dérogé au principe de la réserve des instances en cours par un arrêt *SFIB* de 2010,

2348 Sur ce point, v. Olga MAMOUDY, thèse précitée, p. 404.

2349 Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

2350 Par ex., CE, 3 mars 2009, n° 314792, *Association française contre les myopathies*.

sans toutefois que la jurisprudence postérieure se soit « *formellement engagée dans cette voie* »²³⁵¹. Dans cette espèce, plusieurs sociétés avaient anticipé que le juge administratif modulerait les effets de son annulation et avaient entendu sauvegarder leurs intérêts en introduisant des actions contentieuses contre les actes pris sur le fondement de l'acte annulé. A cette occasion, le Conseil d'État a complété le considérant de principe de l'arrêt *AC* en précisant que « *lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation* ». Toutefois, ajoute-t-il, il lui revient « *de tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité de différer dans le temps les effets de l'annulation* ». Par cette « *formule euphémique* »²³⁵², le juge aurait ainsi voulu souligner, conformément à ce qu'avait suggéré le rapporteur public, qu'un nombre important d'instances engagées à la date de la décision d'annulation pourrait justifier qu'il soit dérogé au principe de la réserve des instances en cours afin de garantir l'effet stabilisateur de la modulation. En l'espèce, tel n'était pas le cas. Il semble cependant que la formule de l'arrêt *SFIB* pourrait être lue dans un sens opposé : ainsi, les conditions permettant de moduler les effets de l'annulation pourraient ne pas être satisfaites lorsque, eu égard à l'obligation faite au juge de réserver les instances en cours, l'existence d'un très grand nombre d'instances conduirait *a priori* à limiter son effet stabilisateur. Dans une telle configuration, l'efficacité de la modulation ne pourrait être garantie qu'au prix d'une négation générale du droit au recours. La difficulté de la distinction entre les actions introduites légitimement et celles caractérisant un abus du droit au recours devrait alors conduire à renoncer à la modulation ou à maintenir la réserve des instances en cours.

1153. Effet rétroactif de l'abrogation de la loi inconstitutionnelle dans les instances en cours. Le contentieux de la QPC se distingue du contentieux administratif dans la mesure où la sanction de droit commun de l'inconstitutionnalité prévue par l'article 62 de la Constitution est une abrogation, théoriquement dépourvue d'effet dans le passé, et non une annulation rétroactive. Le Conseil constitutionnel a toutefois veillé, comme le Conseil d'État, à ce que la sanction *ex nunc* ait un effet utile pour les justiciables. Il a précisé les conséquences de l'abrogation par plusieurs décisions QPC du 25 mars 2011 en indiquant que, en principe, « *la*

2351 Jean SIRINELLI, *id.*

2352 Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ». Ainsi, de même que l'annulation modulée doit être prononcée par le juge administratif sous réserve des instances en cours, l'abrogation immédiate des dispositions législatives inconstitutionnelles est, par principe, dotée d'une forme de rétroactivité procédurale dans les instances en cours, dont celle qui est à l'origine de la question prioritaire. Cette rétroactivité garantit notamment l'utilité de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir, dans lequel la légalité de la décision est en principe appréciée au moment de son édicton. Si cet effet rétroactif de l'abrogation à l'égard des instances engagées revêt un caractère « *automatique* »²³⁵³, le Conseil dispose du pouvoir de l'aménager, en fonction de l'appréciation qu'il porte sur les conséquences de sa décision. A certaines occasions, il a notamment pu le restreindre en prévoyant que l'inconstitutionnalité de la disposition abrogée ne pouvait être appliquée dans les instances en cours que « *si une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de [la décision]* »²³⁵⁴.

1154. Par ailleurs, le Conseil a rappelé, dans ses décisions de 2011, que l'article 62 de la Constitution lui réserve « *le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* ». En prononçant une abrogation différée, le Conseil entend déroger non seulement au principe de l'effet immédiat de l'abrogation mais également à celui de l'effet utile dans les instances en cours²³⁵⁵. Il lui revient dès lors de préciser si et dans quelle mesure l'inconstitutionnalité peut être invoquée par les justiciables ayant déjà introduit une action. Faute de précision contraire, les juridictions ordinaires interprètent le silence du Conseil constitutionnel comme une volonté d'exclure toute réserve à la modulation temporelle de l'abrogation²³⁵⁶, laquelle s'applique avec un effet différé *erga omnes*. Lorsque le requérant à l'origine de la question prioritaire n'en tire aucun bénéfice, une telle modalité de la modulation paraît particulièrement difficile à accepter, ce qui peut avoir pour effet de

2353 Mathieu DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC* 2013, n° 40, p. 63.

2354 Par ex. de cette modalité relativement rare, CC, 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*.

2355 Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC* 2015, n° 47, p. 74.

2356 CE, 14 novembre 2012, n° 340539, *Association France Nature Environnement*, *AJDA* 2011, p. 1524.

renforcer « *l'attractivité du contrôle de conventionnalité* »²³⁵⁷ et de générer des solutions contradictoires quant à l'applicabilité de la loi provisoirement maintenue. Il apparaît nécessaire qu'un tel usage du pouvoir de modulation fasse l'objet d'une motivation spéciale permettant d'apprécier la valeur des arguments invoqués en opposition à l'effet utile.

1155. L'organisation d'un effet inutile de la décision paraît toutefois pouvoir être contournée lorsque la modulation ne suffit pas à contraindre d'autres juridictions qui pourraient écarter la disposition maintenue.

C - Les effets contraignants de la modulation.

1156. Effets dans l'espace du dispositif de modulation. Prévoir des réserves à la modulation permet au juge de conserver dans le dispositif de sa décision l'effet non-altéré de la sanction de l'illégalité au bénéfice de certains justiciables. La logique du pouvoir de modulation implique qu'à l'égard du commun des tiers, l'acte ne pourra être regardé comme ayant été annulé et se maintiendra provisoirement dans les conditions fixées par la décision. La portée réelle du maintien de l'acte dans l'espace ne doit cependant pas être exagérée et ses limites doivent être identifiées. D'une part, si l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à la sanction d'une illégalité est une donnée incontestée, l'affirmation selon laquelle la modulation serait elle-même revêtue d'une autorité absolue n'a rien d'évident et il n'est pas certain que le maintien d'un acte s'impose aux autres juridictions²³⁵⁸. D'autre part, alors que l'autorité administrative est tenue, même en l'absence de toute décision de justice, de ne pas appliquer un acte réglementaire illégal, il est possible de se demander si, et sur quel fondement, il lui est permis d'appliquer un acte entaché d'un vice dont le juge a différé la sanction. En définitive, il apparaîtra que l'acte persiste seulement *dans la mesure où il n'a pas été annulé par la décision de modulation*.

1157. Autorité absolue de chose jugée attachée à la sanction aux effets modulés. Le caractère hybride du dispositif d'une décision de modulation emporte certaines conséquences sur le plan de l'autorité de chose jugée. En premier lieu, comme un dispositif classique, il prévoit la sanction d'une illégalité, laquelle est normalement revêtue de l'autorité absolue de chose jugée. En deuxième lieu, il peut altérer l'effet temporel de cette sanction de différentes manières, en atténuant sa rétroactivité ou en différant son application. Ces modalités

2357 Pascale DEUMIER, *id.*

2358 En ce sens, v. David RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.* 2002, p. 763, spec. note 20.

temporelles de la modulation ne remettent toutefois pas en cause l'autorité de chose jugée qui s'attache à la disparition de l'acte : une annulation *ex nunc* ou *pro futuro* n'en est pas moins revêtue de l'autorité absolue de chose jugée, laquelle impose de reconnaître la disparition de l'acte, celle-ci intervenant à compter de la date fixée par la décision. Enfin, en troisième lieu, le dispositif de la décision de modulation peut prévoir des réserves en faveur de certaines instances, à l'égard desquelles la sanction prononcée produira ses effets normaux. Il peut être déduit de l'articulation de ces propositions que **la sanction aux effets modulés est revêtue d'une autorité absolue de chose jugée dans les conditions prévues par le dispositif** : cette autorité absolue s'attache, d'une part, à la disparition *ex nunc* ou *pro futuro* de l'acte et, d'autre part, à la disparition *ex tunc* de l'acte dans les instances réservées. Etant d'ordre public²³⁵⁹, elle doit même être relevée d'office. *A contrario*, **en dehors des conditions et réserves prévues par le dispositif, aucune sanction ne peut être relevée d'office** par une autre autorité juridictionnelle dès lors que l'acte ne peut être regardé comme ayant été annulé, abrogé ou déclaré invalide. Le cas échéant, il en va de même de ses effets passés qui, lorsqu'ils sont réputés définitifs, ne font pas l'objet d'une sanction juridictionnelle.

1158. Sanction aux effets modulés et maintien de l'autorité de chose décidée. Dans la mesure où l'acte ne disparaît que dans les conditions prévues par le dispositif, il demeure susceptible d'être appliqué provisoirement par l'administration. Le Conseil d'État belge considère en ce sens que le maintien provisoire des effets d'un acte annulé « *conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non application pour les mesures d'exécution prises durant la période correspondant au maintien de ses effets* »²³⁶⁰. De même, la Cour constitutionnelle belge a jugé que « *le règlement annulé, dont les effets ont été maintenus en tout ou en partie [par le Conseil d'État], ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique et demeure par conséquent un règlement* ». Sans doute est-il entaché d'un vice, qui a été de nature à justifier une censure juridictionnelle : c'est, au demeurant, ce que confirment les éventuelles réserves à la modulation. Cependant, en dehors de ces réserves, l'acte ne peut être regardé comme illégal qu'à compter de la date prévue par le dispositif. Par la modulation temporelle des effets de la décision, le vice qui entache l'acte se trouve provisoirement frappé d'inopérance. Dans ces conditions, l'autorité administrative ne peut être tenue de refuser d'en faire application : si la jurisprudence *Ponard/Marangio* lui

2359 A propos de la QPC, v. Mathieu DISANT, *id.*, p. 70 ; Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30.

2360 CE (Belgique), 18 décembre 2009, n° 199.085, *Debie* ; v. également CE (Belgique), 10 septembre 1998, n° 75.712, *Ville de Wavre*.

interdit d'appliquer un acte réglementaire illégal, cette règle doit être comprise comme concernant un acte *entaché d'un vice caractérisant une illégalité*²³⁶¹ au moment où l'application a lieu. Ainsi, **l'identification d'un vice dans l'acte dont la sanction est modulée ne remet en cause son autorité de chose décidée que dans les conditions prévues par le dispositif.**

1159. Autorité de chose jugée attachée à la modulation des effets de la décision. Dès lors que l'acte persiste dans les conditions prévues par le dispositif et qu'il peut encore recevoir application, il est théoriquement envisageable que les actes qu'il fonde soient à leur tour contestés. L'efficacité de la modulation paraît alors induire que celle-ci bénéficie d'une autorité de chose jugée permettant qu'elle soit opposée aux tiers. C'est ce qu'a affirmé le Conseil d'État belge, en jugeant que la partie du dispositif relative au maintien des effets de l'acte annulé « *est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée, en manière telle que les effets de [l'acte] doivent être maintenus quelle que soit l'illégalité sanctionnée par le juge administratif et, surtout, quelles que que pourraient être d'autres irrégularités non examinées dans ledit arrêt* »²³⁶². Plus discrètement, le Conseil d'État français a considéré qu'« *en raison de l'autorité qui s'attache à la décision* » par laquelle il a modulé l'annulation d'un acte, l'existence d'une faute résultant de son illégalité ne pouvait plus être invoquée par des requérants l'ayant saisi d'un référé provision postérieurement à la décision d'annulation²³⁶³. En l'espèce, ce moyen avait été relevé d'office, ce qui traduit le caractère d'ordre public de la modulation et confirme la thèse du rapporteur public Guillaume Odinet qui voyait dans une telle solution la conséquence de « *l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache au dispositif de [la décision du 17 janvier 2018], selon lequel l'insuffisance du montant additionnel, sauf à avoir déjà été contestée, ne pouvait plus l'être* »²³⁶⁴.

1160. Justifications de l'autorité absolue du dispositif de modulation. L'affirmation d'une telle autorité peut s'appuyer sur de nombreux arguments. D'un point de vue formel, la modulation constitue indéniablement un élément de la chose jugée et son incorporation au dispositif de la décision d'annulation semble induire qu'elle bénéficie de caractères

2361 De la même manière, un vice de procédure affectant l'acte sans avoir privé les personnes intéressées d'une garantie ni exercé d'influence sur son sens est une irrégularité qui ne constitue pas une illégalité justifiant que l'acte soit annulé, abrogé ou que son application soit suspendue.

2362 CE (Belgique), 24 juillet 2019, n° 245.229, *Ewbank et autres c/ Région wallonne* ; v. également CE (Belgique), 25 juin 2019, n° 244.948, *Dugardin et autres c/ Région wallonne*.

2363 CE, 28 juin 2019, n° 424368, *Office français de l'immigration et de l'intégration*.

2364 Guillaume ODINET, conclusions (non publiées) sur CE, 28 juin 2019, n° 424368, *Office français de l'immigration et de l'intégration*, accessibles sur Ariane.

semblables à celle-ci, c'est-à-dire d'une autorité absolue. D'un point de vue substantiel, les motifs qui prévoient la modulation relèvent certainement des motifs décisifs de la décision auxquels est reconnue l'autorité absolue de chose jugée. Sur le plan théorique, la filiation qui unit le pouvoir d'annulation au pouvoir de modulation, qui est une modalité de son exercice, paraît impliquer une unicité de régime. Enfin, sur le plan technique, l'efficacité de la protection de la stabilité des situations juridiques, qui est la « *raison d'être* » du mécanisme de la modulation, suppose que le juge soit « *en mesure d'opposer d'office le caractère définitif des effets de l'acte* »²³⁶⁵. De tels arguments peuvent permettre de justifier l'autorité absolue du dispositif de modulation au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Ils pourraient toutefois ne pas suffire à l'imposer au-delà, et notamment à l'égard des juridictions judiciaires.

1161. Problème de l'autorité de la modulation décidée par le juge administratif l'égard du juge judiciaire. En droit belge, l'autorité de chose jugée de la partie du dispositif relative à la modulation à l'égard de l'ordre judiciaire est une question controversée dont la complexité résulte essentiellement de la reconnaissance, par l'article 159 de la Constitution, de la compétence des cours et tribunaux pour contrôler par voie d'exception la légalité des actes administratifs. Certaines juridictions n'ont pas hésité à écarter pour illégalité des actes administratifs dont le Conseil d'État avait entendu maintenir les effets. Si la Cour constitutionnelle a interprété l'article 159 de la Constitution en combinaison avec le principe de sécurité juridique pour affirmer qu'il ne permettait pas d'écarter un acte administratif maintenu par le juge administratif²³⁶⁶, la Cour de cassation belge a admis une exception à ce raisonnement en matière pénale, fondée sur la combinaison du principe de légalité de l'action administrative et du principe de légalité des délits et des peines²³⁶⁷.

1162. Dès lors que, dans le système juridique français, le juge judiciaire ne dispose que d'une compétence résiduelle en matière de contrôle des actes administratifs, la question se pose sans doute avec moins d'acuité. Il est cependant envisageable que, dans le cadre d'un litige relatif à des rapports de droit privé, le juge judiciaire soit confronté à la question de l'applicabilité d'un acte administratif dont l'annulation a été modulée par le juge administratif²³⁶⁸. Dans ses conclusions sur l'arrêt *ANODE* de 2017, le rapporteur public Marie-Astrid de

2365 Olivier GUIARD, « Le juge doit-il relever d'office une annulation différée ? », *AJDA* 2020, p. 1914.

2366 Michel PÂQUES, *op. cit.*, p. 420 et s.

2367 C. Cass. (Belgique), 24 février 2021, P.20.0963.F. Sur cet arrêt, v. David RENDERS, « Jusqu'où l'article 159 de la Constitution est-il en mesure de s'opposer à la modulation dans le temps des effets d'un acte annulé par le Conseil d'État ? », *Revue Critique de Jurisprudence Belge*.

2368 V. ainsi l'arrêt CE, 23 septembre 2021, n° 440037, *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, modulant les effets de l'annulation de plusieurs dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25

Barmon avait notamment exprimé ses doutes quant à la reconnaissance, par le juge judiciaire, de l'autorité de chose jugée attachée à la modulation de l'annulation d'un acte réglementaire²³⁶⁹. La reconnaissance par le juge judiciaire de l'autorité absolue des décisions du juge administratif semble en effet se limiter aux cas dans lesquels ce dernier a constaté de manière objective une illégalité et s'attacher à la sanction qui en découle²³⁷⁰. Le juge judiciaire admet, dans un souci de bonne administration de la justice et d'unité du droit, que l'annulation pour excès de pouvoir est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée²³⁷¹. De même, alors que le juge administratif ne lui attribue qu'une autorité relative, le juge judiciaire considère que la déclaration d'illégalité effectuée par voie d'exception bénéficie d'une autorité absolue. Soutenir que la partie du dispositif relative à la modulation est revêtue de l'autorité absolue de chose jugée relève d'une démarche opposée, qui impliquerait que le juge judiciaire reconnaisse cette autorité pour déroger aux conséquences normales du constat objectif d'une illégalité.

1163. Autorité de fait de la modulation à l'égard des juridictions. Si le dispositif de modulation n'est pas revêtu d'une autorité de chose jugée qui impose aux autres juridictions de tenir l'acte pour régulier, il emporte tout de même, dans les conditions qu'il prévoit, le maintien de l'autorité de chose décidée de l'acte dont la sanction est modulée. Dès lors, cet acte doit être regardé comme régulier jusqu'à ce que son illégalité soit établie. S'il en résulte que la remise en cause d'un acte dont la sanction a été modulée peut théoriquement être envisagée, elle ne peut l'être en pratique que si la juridiction saisie dispose d'une compétence qui le lui permet. Dans le cas contraire, à défaut d'une autorité de chose jugée, la modulation de la sanction d'un acte bénéficie d'une autorité de fait qui peut suffire à garantir la stabilité des situations juridiques qu'il fonde. C'est ainsi que les juridictions judiciaires et administratives ont toutes deux admis qu'elles pouvaient, au titre du contrôle de conventionnalité de la loi par voie d'exception, écarter du litige une disposition que le Conseil constitutionnel avait entendu maintenir en vigueur provisoirement en différant son abrogation²³⁷². En revanche, les limites de la compétence du juge judiciaire pour apprécier la légalité d'un acte administratif par voie d'exception s'opposent, dans la majorité des cas, à ce

mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

2369 CE, ass., 19 juillet 2017, n° 370321, *ANODE*, concl. Marie-Astrid DE BARMON (accessibles sur Ariane).

2370 Guillaume DELVOLVE, « Chose jugée », *Rep. Cont. Adm.* Dalloz, § 273 et s.

2371 Cass. Com., 19 mai 1953, *Société La Ruche Picarde*, S. 1954, I, 1, note Roland DRAGO ; Cass. Civ. 1^e, 23 octobre 1962, Bull. Civ. I, n° 439 ; Cass. Com, 1^{er} décembre 1987, Bull. Civ. IV, n° 252.

2372 Cf. infra, Section 2.

qu'il puisse renverser l'autorité de chose décidée d'un acte administratif dont l'annulation a été modulée. La seule possibilité pourrait être d'adresser une question préjudicielle au juge administratif, dont la réponse serait vraisemblablement que l'acte ne peut être regardé comme illégal que dans les conditions fixées par le dispositif d'annulation modulée.

1164. Synthèse. La portée dans l'espace d'un dispositif de sanction modulée peut être synthétisée comme suit. La sanction modulée s'impose avec l'autorité absolue de chose jugée. L'autorité attachée à cette sanction ne peut être relevée d'office que dans les conditions prévues par le dispositif. Dans ces mêmes conditions, l'acte conserve son autorité de chose décidée. Cette autorité de chose décidée ne peut être remise en cause que sous réserve de la compétence des juridictions.

1165. Cette technique et son utilisation se sont pourtant banalisées, le juge maîtrisant pleinement le champ dans lequel il peut y recourir.

§ 3 - La maîtrise du champ de la modulation.

1166. Conçue comme une technique dérogatoire, la modulation des effets des décisions de justice s'est banalisée par l'usage. Le juge a libéralisé le recours à cette technique en l'employant quelle que soit l'illégalité justifiant la sanction (A) et à l'égard de toutes sortes d'actes (B).

A - Un pouvoir applicable indifféremment de la nature de l'illégalité.

1167. Au moment de la consécration du pouvoir de modulation du juge administratif français, le Conseil d'État a tenu à ce qu'il puisse être mis en œuvre quel que soit le fondement de l'annulation retenu.

1168. Absence d'obstacle tiré de la gravité particulière de l'illégalité. Conformément aux recommandations de la note au président de la section du contentieux ainsi qu'aux conclusions du commissaire du gouvernement Devys, il n'en a pas réservé l'utilisation aux hypothèses d'annulations prononcées pour un motif d'illégalité externe. Une telle option apparaissait en contradiction avec les objectifs de cette évolution jurisprudentielle, notamment en ce qu'elle aurait vraisemblablement impliqué de recourir au procédé de la validation législative pour atténuer les conséquences excessives d'une annulation pour illégalité interne. Le pouvoir de modulation peut donc être employé quelle que soit la cause de l'annulation,

pour autant que celle-ci emporte des conséquences jugées manifestement excessives. Le juge administratif suit ainsi l'approche de la Cour de Luxembourg en estimant que les considérations relatives à la nature de l'illégalité, d'une part, et aux conséquences de l'annulation, d'autre part, sont « *indépendantes* »²³⁷³. Dès lors, bien qu'il soit tentant de penser « *que plus l'irrégularité entachant l'acte annulé est considérée comme grave et moins le juge est enclin à mettre en œuvre la modulation* »²³⁷⁴, la jurisprudence a révélé qu'il n'était pas exclu que l'annulation soit modulée alors même qu'elle était fondée sur une pluralité de vices²³⁷⁵ ou sur un moyen d'ordre public tel que l'incompétence²³⁷⁶. Au demeurant, le recours à la modulation dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel souligne que l'atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution ne fait pas obstacle à l'usage de ce pouvoir lorsque l'effet normal de la sanction emporterait des conséquences excessives à l'égard d'autres valeurs d'ordre constitutionnel.

1169. Prise en compte asymétrique de la faible gravité d'une illégalité. Si la nature ou la gravité d'une illégalité ne constituent pas un obstacle à la modulation, elles peuvent exercer de manière asymétrique une certaine influence sur la décision de moduler. Afin d'apprécier la nécessité du recours à cette technique, le juge doit mettre en balance, d'une part, les conséquences de la disparition de l'acte illégal pour les intérêts publics et privés et, d'autre part, les inconvénients que cette technique implique au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif. Etant entendu que toutes les illégalités ne se valent pas, l'annulation peut apparaître d'autant plus disproportionnée que l'illégalité est regardée comme étant de faible gravité. Dans la jurisprudence administrative, cette disproportion peut être soulignée dans la motivation relative à la modulation par une référence à la nature du moyen justifiant l'annulation.

1170. Dans cette perspective, les illégalités externes peuvent apparaître comme peu graves au stade de la modulation, alors même qu'elles ont pu justifier une annulation²³⁷⁷. Il en va notamment de la sorte pour les irrégularités procédurales qui ne peuvent pas être neutralisées

2373 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, *id.* ; Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par *Danthy* – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501 ; Jimmy ROBBE, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

2374 Olga MAMOUDY, *id.*

2375 CE, ass., 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL* ; CE, ass., 23 décembre 2013, n° 363702, *Société M6*.

2376 CE, 3 mars 2009, n° 314792, *Association française contre les myopathies* ; CE 17 juin 2019, n° 418512, *Association FNATH et autres*.

2377 Sur ce point, v. Olga MAMOUDY, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

par l'application de la jurisprudence *Danthy*²³⁷⁸, dès lors qu'elles ont été susceptibles d'exercer une influence sur le sens de l'acte ou qu'elles ont privé d'une garantie les personnes intéressées. D'autres illégalités internes telles que des erreurs de droit ont pu être jugées d'une gravité insuffisante pour justifier que l'annulation produise ses pleins effets : tel a notamment été le cas à propos d'annulations de nominations de magistrats lorsque l'illégalité entachant ces décisions n'affectait pas la qualité professionnelle des magistrats nommés à tort.

1171. Il apparaît ainsi que l'appréciation de la gravité de l'illégalité au regard des conséquences de l'annulation transcende la distinction classique entre les causes de légalité. En permettant au juge d'adapter la proportionnalité de la sanction au vice constaté, la technique de la modulation s'inscrit dans la filiation de la jurisprudence administrative relative à la neutralisation des motifs ou à la substitution de motifs ou de base légale. Elle en reprend l'inspiration, en partageant le postulat selon lequel certaines illégalités – et notamment des illégalités internes – ne présentent pas un degré de gravité justifiant la censure rétroactive et immédiate d'un acte dont le contenu n'est pas remis en cause. Elle la prolonge et la perfectionne en permettant que la proportionnalité soit rétablie en modulant l'ampleur de l'annulation plutôt qu'en écartant toute sanction au moyen d'une négation de l'illégalité.

1172. Cette tendance, très nette dans la jurisprudence administrative interne depuis 2004, s'est également affirmée dans le contentieux de l'annulation devant le juge de l'Union. Depuis 2006²³⁷⁹, la Cour de Luxembourg manifeste ainsi une certaine prise en compte asymétrique de la nature de l'illégalité pour faire droit aux demandes de modulation des effets de l'annulation²³⁸⁰. Elle le souligne désormais explicitement en jugeant que les effets d'un acte *« peuvent être maintenus notamment lorsque les effets immédiats de son annulation entraîneraient des conséquences négatives graves pour les personnes concernées et que la légalité de l'acte attaqué est contestée non pas en raison de sa finalité ou de son contenu, mais pour des motifs d'incompétence de son auteur ou de violation des formes substantielles »*²³⁸¹.

2378 Ce qu'illustre d'ailleurs la décision CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthy*.

2379 CJCE, 28 novembre 2006, C-414/04, *Parlement c/ Conseil*, § 57 ; CJCE, 1^{er} avril 2008, aff. C-14/06 et C-295/06, *Danemark c/ Commission*, § 86.

2380 CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-490/10, *Parlement c/ Conseil*, § 91 ; CJUE, 26 novembre 2014, C-103/12 et C-165/12, *Parlement européen et Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, §§ 90-92 ; CJUE, 28 avril 2015, aff. C-28/12, *Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, § 62 ; CJUE, 1^{er} décembre 2015, C-124/13 et C-125/13 *Parlement européen et Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, § 86-89 ; CJUE, 17 mars 2016, C-286/14, *Parlement européen c/ Commission européenne*, § 67.

2381 CJUE, 7 septembre 2016, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-113/14, § 81.

B - Un pouvoir applicable indifféremment de la nature de l'acte.

1173. Partagé par les juridictions européennes et nationales, par les juridictions constitutionnelles, administratives et judiciaires, le pouvoir de modulation des effets des décisions de justice peut atténuer les conséquences de la censure contentieuse d'actes situés à tous les niveaux de la hiérarchie normative.

1174. Actes généraux. Dans l'ensemble des systèmes juridiques qui l'ont consacré, la vocation première du pouvoir de modulation dont dispose le juge est de limiter les effets perturbateurs pour la stabilité des situations juridiques que peut causer la disparition d'un acte de portée générale. Ce trait apparaît avec évidence dans le contentieux de la constitutionnalité des lois, dont le seul objet présente nécessairement un caractère général et abstrait. Il s'est également manifesté dans des systèmes de contentieux dont les objets sont potentiellement plus variés. A l'origine, le traité de Rome s'est ainsi limité à envisager la modulation des effets de l'annulation des règlements européens, dont la disparition paraissait la plus susceptible de porter atteinte à la sécurité juridique en raison de leurs caractères de généralité et d'effet direct²³⁸². De même, lorsqu'il a conféré un pouvoir de moduler les effets de ses arrêts au Conseil d'État en 1996, le législateur belge en a initialement réservé l'utilisation aux hypothèses d'annulations d'actes réglementaires²³⁸³.

1175. Actes administratifs. S'il a consacré son propre pouvoir de modulation par la voie jurisprudentielle à l'occasion de l'annulation d'un acte réglementaire à large rayon d'action, le Conseil d'État français n'a pas tenu à limiter *a priori* le champ de cette nouvelle technique²³⁸⁴ : contrairement au traité de Rome ou à l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État de Belgique, le considérant de principe de l'arrêt *Association AC* n'évoque que la notion générale d'« *acte administratif* ». Néanmoins, le critère des conséquences manifestement excessives pouvait laisser supposer que ce pouvoir ne concernerait que l'annulation d'actes réglementaires²³⁸⁵. Dans le même sens, la référence aux « *actes pris sur le fondement de l'acte en cause* » paraissait indiquer que les actes dont l'annulation pouvait être modulée avaient vocation à fonder des mesures d'application.

2382 V. sur ce point Jürgen SCHWARZE, *op. cit.*, pp. 255-256.

2383 David RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.* 2002/37, p. 761.

2384 Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, *id.*

2385 Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par Danthony – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

1176. Suggérée par les auteurs de la note au président de la section du contentieux et par les conclusions du commissaire du gouvernement Devys, l'absence de restriction préalable du champ du pouvoir de modulation du juge administratif peut s'expliquer par plusieurs considérations. Au premier rang de celles-ci figure sans doute l'influence de la jurisprudence de la CJCE. A la fin des années 1990, celle-ci a en effet admis d'employer son pouvoir de modulation au-delà de la lettre de l'article 174 du traité de Rome²³⁸⁶, et notamment des hypothèses d'annulations de décisions des institutions communautaires. Il était ainsi apparu que la disparition rétroactive d'actes dépourvus de caractère général pouvait entraîner, dans certaines circonstances, des conséquences excessives. Le choix du juge administratif français découlait également de préoccupations jurisprudentielles internes. Dès la moitié des années 1990, le Conseil d'État avait en effet amorcé une politique d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs, qui demeurait inachevée au début des années 2000. Alors que la rétroactivité mécanique de l'annulation semblait constituer un obstacle à la consécration de sa recevabilité, la possibilité d'en moduler les effets par l'extension de la jurisprudence *AC* au contentieux contractuel avait été envisagée comme un facteur favorable.

1177. L'envergure de la notion d'acte administratif a permis l'application de cette jurisprudence à des configurations plus ou moins éloignées de celle de l'arrêt *Association AC*. Le contentieux administratif interne a ainsi assisté à un phénomène d'extension du champ du pouvoir de modulation, semblable à celui qu'a connu le droit communautaire dans les années 1990. Avec l'adoption du traité de Lisbonne, le pouvoir constituant de l'Union a formellement reconnu ce phénomène en élargissant la catégorie des actes dont l'annulation par la Cour de justice pouvait être modulée. En 2014, le législateur fédéral belge l'a également initié en droit administratif belge en intégrant la catégorie des actes individuels au champ de l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État²³⁸⁷.

2386 V. en ce qui concerne l'annulation du budget 1986 de la Communauté : CJCE, 3 juillet 1986, aff. 34/86, *Conseil c/ Parlement*, § 48 ; v. également, en ce qui concerne l'annulation d'une directive : CJCE, 7 juillet 1992, aff. 295/90, *Parlement c/ Conseil*, § 26. Cet arrêt, qui retient l'applicabilité par analogie de l'article 174 au cas des directives, reprend la motivation de celui de 1986 en évoquant « *d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, [qui] justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174, paragraphe 2, du traité CEE en cas d'annulation d'un règlement et qu'elle indique les effets de la directive litigieuse qui doivent être maintenus* ».

2387 Refusant l'application : CE (Belgique), 20 avril 2016, 234.449, *Timperman-Schonberg* ; admettant l'application : CE (Belgique), 17 mai 2016, 234.748, *Malice*.

1178. Actes locaux. Après la modulation, par le Conseil d'État, des effets de l'annulation d'actes réglementaires de portée nationale, les tribunaux administratifs²³⁸⁸ et cours administratives d'appel²³⁸⁹ ont à leur tour fait usage de ce pouvoir pour limiter les conséquences excessives de l'annulation d'actes administratifs adoptés par des autorités déconcentrées ou des collectivités territoriales. En tant qu'élément de l'office du juge administratif, il est normal que le pouvoir de modulation soit partagé à tous les niveaux de l'ordre juridictionnel. L'annulation rétroactive prononcée par le juge du premier degré peut, d'ailleurs, être modulée par le juge d'appel saisi dans le cadre de l'effet dévolutif²³⁹⁰.

1179. Actes individuels – nominations. Peu de temps après l'arrêt *AC*, le Conseil d'État a également fait application de son pouvoir de modulation à l'occasion d'annulations d'actes administratifs individuels²³⁹¹. Par ses arrêts *Sire*²³⁹² et *Vignard*²³⁹³ de 2007, *Robert*²³⁹⁴ de 2010 puis *Nasri*²³⁹⁵ et *Braud*²³⁹⁶ de 2011, il a ainsi différé l'annulation de nominations de magistrats judiciaires, après avoir considéré que leur annulation rétroactive et immédiate était « *de nature à entraîner la nullité des jugements et procédures auxquels [ils avaient] concouru* ». La modulation de ces annulations n'était alors pas justifiée par la protection des intérêts individuels des magistrats mais par la nécessité de garantir, à travers le maintien de leurs nominations, le bon fonctionnement du service public de la justice et la sécurité juridique dans sa « *dimension collective* »²³⁹⁷.

1180. Théorie du fonctionnaire de fait. Dans ces espèces, le recours à la modulation était rendu nécessaire tant par la prise en compte des conséquences prévisibles de l'annulation que par l'incapacité de la théorie classique du fonctionnaire de fait à les prévenir. Afin de sécuriser

2388 Par ex., TA Amiens, 28 mai 2009, n° 0602049, *Association de défense de l'environnement des riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, AJDA 2009, p. 1678 ; TA Rouen, 18 juin 2013, n° 1100244, *Association Bihorel avec vous*, BJCL 2013, n° 10, p. 667, com. Gilles ARMAND.

2389 Par ex., CAA Versailles, 19 juin 2008, n° 07VE0440, *Commune de Brières-les-Scellés* ; CAA Nantes, 24 juillet 2015, n° 14NT00594, *FNSEA* ; CAA Paris, 8 décembre 2016, n° 15PA00102, *Commune de Saint-Thibault-des-Vignes* ; CAA Paris, 24 mai 2017, n° 14PA05294, *FNSEA* ; CAA Bordeaux, 30 mai 2017, n° 16BX02611, *FNSEA et autres* ; CAA Bordeaux, 14 novembre 2017, n° 17BX01721, *Société Crus et châteaux du Sud-Ouest* ; CAA Marseille, 8 mars 2019, n° 17MA02286, *SCI Marine et autres* ; CAA Bordeaux, 19 mai 2020, n° 19BX03442, *Association Nature Environnement 17*.

2390 CE, 17 décembre 2020, n° 430592, *Ministre de la transition écologique et solidaire*, AJDA 2020, p. 2530.

2391 Le législateur belge a également adopté cette solution à la faveur de la réforme des lois sur le Conseil d'État de 2014. V. Marc NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *Administration Publique* 2016/3, p. 274.

2392 CE, 12 décembre 2007, n° 296072, *Sire*, AJDA 2008, p. 638, concl. Mattias GUYOMAR.

2393 CE, 12 décembre 2007, n° 296818, *Vignard*.

2394 CE, 30 décembre 2010, n° 329513, *Robert*.

2395 CE, 24 juin 2011, n° 343391, *Nasri*.

2396 CE, 24 juin 2011, n° 342997, *Braud*.

2397 Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, p. 59.

les décisions adoptées par un fonctionnaire dont la nomination est remise en cause et de garantir la continuité du service public, la jurisprudence retient traditionnellement qu'« *un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* »²³⁹⁸. Dès lors, si les décisions prises par le fonctionnaire de fait peuvent encore être contestées, l'incompétence de leur auteur ne peut plus être utilement invoquée à cette occasion. D'après les conclusions de Mattias Guyomar, cette fiction ne pouvait être transposée à des configurations concernant des magistrats. En effet, bien que la jurisprudence judiciaire applique la théorie du fonctionnaire de fait depuis l'ancienne affaire des mariages de Montrouge, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé en 1981 que la présence d'un magistrat irrégulièrement nommé dans une cour d'assises en avait vicié la composition, et a prononcé la cassation de son arrêt pour ce motif. Selon M. Guyomar, « *là où la continuité du service public doit l'emporter parce que le fonctionnaire s'efface derrière sa fonction, la justice exige au contraire une véritable personnalisation de la fonction de juger* »²³⁹⁹. L'argumentation du commissaire du gouvernement et le choix du Conseil d'État de s'y conformer ont pu faire l'objet de critiques²⁴⁰⁰, et il est possible que la décision de recourir à la modulation ait été motivée par des considérations finalistes : selon le professeur Olga Mamoudy, « *si le Conseil d'État a considéré, comme son rapporteur public, que la théorie des fonctionnaires de fait n'était pas applicable aux magistrats, c'est peut-être parce que cette théorie ne permettait pas, contrairement à la jurisprudence «AC!», de laisser les fonctionnaires irrégulièrement nommés à leur poste pendant un délai supplémentaire* »²⁴⁰¹.

1181. La spécificité des arguments ayant justifié le recours à la modulation dans ces espèces peut expliquer que le Conseil d'État n'ait que rarement limité les effets de l'annulation d'autres actes individuels²⁴⁰². Entre 2015 et 2020, le Conseil d'État paraît n'avoir reproduit cette solution qu'une seule fois, à l'occasion de l'annulation de la nomination d'un notaire. En l'espèce, la modulation semble avoir été décidée au terme d'un raisonnement très proche de celui qui avait été suivi dans les affaires relatives aux nominations de magistrats judiciaires. Ce sont ainsi « *l'intérêt général qui s'attache à l'autorité des actes authentiques auxquels M.*

2398 CE, 16 mai 2001, n° 231717, *Préfet de police de Paris c/ M. Mtimet* ; CE, ass., 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes*, rec. p. 699.

2399 Mattias GUYOMAR, « L'application de la jurisprudence *Association AC !* à l'annulation d'une décision individuelle », *AJDA* 2008, p. 638.

2400 V. en ce sens Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 331.

2401 Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 152.

2402 Par ex., rejetant la modulation : CE, 26 janvier 2018, n° 408215, *Association professionnelle des membres de l'inspection générale de la jeunesse et des sports*.

B... a concouru en sa qualité de notaire à Paris » et « la durée d'exercice de ses fonctions » qui permettent de considérer comme les conséquences d'une annulation rétroactive comme excessives. Par ailleurs, de même que dans les arrêts *Sire* et *Vignard*, le recours à la modulation peut avoir été privilégié par rapport à une extension de la théorie du fonctionnaire de fait en raison de la volonté du juge de maintenir en fonction le notaire dont la nomination a été annulée, dès lors que son remplacement immédiat ne paraissait pas possible.

1182. Coexistence du pouvoir de moduler l'annulation d'une nomination et de la théorie du fonctionnaire de fait. Dans la mesure où leurs effets stabilisateurs sont comparables, cette possibilité de différer la remise en cause d'une nomination annulée semble constituer le principal intérêt de la technique de la modulation par rapport à la théorie classique du fonctionnaire de fait. A cet égard, il est édifiant que le Conseil d'État ait eu recours de manière systématique à l'annulation aux effets différés dans les hypothèses de modulation des effets des annulations de nominations évoquées précédemment. Tandis que, dans ces espèces, l'applicabilité de la théorie du fonctionnaire de fait était incertaine ou avait été jugée impossible, il serait logique que le recours à la modulation des effets de l'annulation soit écarté par le juge lorsqu'il n'est pas nécessaire de prononcer une annulation aux effets différés et que la théorie du fonctionnaire de fait peut être mise en œuvre. Par un jugement du 24 septembre 2020, le tribunal administratif de Paris a cependant modulé les effets de l'annulation de la nomination du directeur général des services de la métropole du Grand Paris, alors même qu'il a prononcé cette annulation avec un effet *ex nunc* à la date de sa décision. Une telle solution peut susciter une certaine perplexité, dès lors que l'effet stabilisateur de cette modulation de l'annulation d'une nomination semble strictement similaire à celui du jeu normal de la théorie du fonctionnaire de fait. Par ailleurs, et alors que le Conseil d'État ne procède pas de la sorte lorsqu'il module les effets de l'annulation d'une décision de nomination, le tribunal administratif a tenu à prévoir une réserve en faveur des instances en cours. L'utilité de telles exceptions à la modulation n'apparaît pas de manière évidente, d'autant que l'articulation de la réserve des instances en cours et de la théorie du fonctionnaire de fait paraît difficile à envisager : soit la réserve est dépourvue d'intérêt dès lors que, dans les instances en cours, le jeu de la théorie du fonctionnaire de fait s'oppose à ce que l'incompétence du fonctionnaire soit invoquée de la même manière que si la modulation avait été prononcée sans réserve ; soit la réserve a vocation à écarter le jeu de la théorie du fonctionnaire de fait, ce qui permet un plus grand respect de la légalité mais s'avère sans

doute incohérent au regard des objectifs que partagent la théorie du fonctionnaire de fait et la jurisprudence *AC*.

1183. Il peut donc être supposé que la modulation ne peut être justifiée dans l'hypothèse de l'annulation d'une nomination que si la théorie du fonctionnaire de fait est effectivement inapplicable ou si sa mise en œuvre ne suffit pas à limiter les conséquences excessives d'une annulation.

1184. Le rapprochement des différentes espèces dans lesquelles le Conseil d'État a modulé les effets de l'annulation d'une nomination illégale révèle en outre qu'il fait preuve d'une précaution particulière, manifestée par la référence systématique à « *la nature du motif d'annulation retenu* » dans la motivation de son choix. Si cette formule ne signifie pas nécessairement que l'annulation est fondée sur un motif d'illégalité externe, elle est employée pour souligner qu'elle est prononcée en raison d'une illégalité jugée peu grave et qui, en tout état de cause, ne remet pas en question la qualité des nominations²⁴⁰³. Il est possible d'en déduire que la modulation de l'annulation d'une nomination fondée sur un motif tenant à un défaut ou une insuffisance de qualité professionnelle pourrait porter une atteinte excessive au principe de légalité, qui serait de nature à faire obstacle à l'utilisation de ce pouvoir.

1185. Autres actes non-réglementaires. En dehors des hypothèses précitées, le juge administratif de l'excès de pouvoir n'emploie son pouvoir de modulation lors de l'annulation d'actes non réglementaires que de manière très occasionnelle. La jurisprudence comporte de rares exemples de modulation d'autres actes individuels : la Cour administrative d'appel de Lyon a notamment limité l'effet rétroactif de l'annulation d'une sanction administrative afin d'aligner ses effets avec ceux du relèvement d'une incapacité attachée à une condamnation pénale²⁴⁰⁴. Le juge a également fait usage de son pouvoir de modulation à l'occasion de l'annulation d'actes ni réglementaires ni individuels, tels qu'une déclaration d'utilité publique²⁴⁰⁵.

1186. En définitive, le nombre de décisions dans lesquelles le juge administratif module les effets de l'annulation d'un acte unilatéral non réglementaire est très faible, le recours à ce

2403 Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 201.

2404 V. par ex. CAA Lyon, 10 juillet 2009, n° 07LYO1537, *AJDA* 2010, p. 221.

2405 CAA Douai, 19 juillet 2011, n° 09DA00698 ; v. également CAA Nancy, 25 juin 2012, n° 11NC01258 ; v. toutefois CE, 9 juillet 2021, n° 437634, *Commune de Grabels*, *RFDA* 2021, p. 932, conc. Sophie ROUSSEL ; *RDI* 2021, p. 537, note René HOSTIOU ; *Jcp A* 2021, act. 476, obs. Lucienne ERSTEIN.

pouvoir étant rarement justifié dans une telle hypothèse. Il apparaît néanmoins que cette technique n'est pas dépourvue d'intérêt. Elle s'est montrée utile lorsque les mécanismes de préservation de la stabilité des situations juridiques préexistant se sont avérés inapplicables ou inefficaces au regard de l'ampleur des conséquences de l'annulation. Son efficacité ne doit malgré tout pas conduire à les remettre en cause. La modulation des effets de l'annulation ne semble ainsi pas avoir vocation à se substituer à la théorie du fonctionnaire de fait, plusieurs arguments plaidant en faveur de sa conservation. Cette théorie jurisprudentielle classique réalise le plus souvent un équilibre satisfaisant entre la légalité et la stabilité des situations juridiques, lequel est en lui-même très proche d'une annulation *ex nunc*. Son existence permet par ailleurs d'éviter un recours trop fréquent à la modulation, qui constitue une technique de protection de la sécurité juridique potentiellement plus attentatoire au principe de légalité. Enfin, l'usage mesuré du pouvoir de modulation favorisant son acceptabilité, il paraît opportun d'éviter d'y recourir à chaque fois qu'un mécanisme préexistant peut garantir convenablement la stabilité des situations juridiques.

1187. A tous les niveaux de l'ordonnement juridique, en droit interne comme en droit européen, « *les pouvoirs de modulation dans le temps des effets des décisions juridictionnelles font désormais partie intégrante de l'office du juge* »²⁴⁰⁶. Celui-ci s'en trouve considérablement enrichi et renforcé : le juge dispose en effet d'une marge de manœuvre considérable, tant pour apprécier l'opportunité du recours à la modulation que pour définir les modalités de sa mise en œuvre. Son office se voit ainsi orienté de manière très nette vers la préservation de la stabilité des situations juridiques, qu'il conçoit comme une exigence-phare vers laquelle les effets du contrôle de légalité doivent tendre. Cependant, « *il convient de garder à l'esprit qu'aussi bénéfique soit-elle pour la stabilité des situations juridiques, la modulation permet toujours de priver l'annulation pour excès de pouvoir de la plupart – voire de l'intégralité – de ses effets* »²⁴⁰⁷.

1188. Alors que le juge a développé et maîtrisé la technique de la modulation, celle-ci a paru essentiellement encadrée par des procédés de décision auxquels son utilisateur a estimé nécessaire de s'astreindre. La principale garantie du maintien d'un équilibre entre le respect de la légalité et la préservation de la stabilité des situations juridiques paraissait dès lors résider

2406 Olga MAMOUDY, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII* 2020, n° 5.

2407 Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par *Danthony* – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

dans la seule volonté du juge d'en faire un usage mesuré. Le développement contemporain d'un encadrement externe du pouvoir de modulation tend à imposer de nouvelles limites à cette technique.

Section 2 - L'émergence d'un encadrement du pouvoir de modulation par les normes supérieures

1189. Chaque hypothèse de modulation par le juge des effets de sa décision implique de consentir certains sacrifices du droit au recours et du principe de légalité au nom de la sécurité juridique. La protection de la stabilité des situations juridiques est ainsi inévitablement obtenue au détriment des intérêts particuliers qui espéraient bénéficier de la disparition d'un acte illégal. Compte tenu des risques qu'elle comporte, la banalisation du pouvoir de modulation, tant au sein du droit français que dans les Etats européens, a favorisé l'émergence d'un encadrement de cette technique par les normes supérieures de droit interne ou de droit supranational. Celui-ci n'est pas encore abouti et les équilibres instaurés devront sans doute être affinés.

1190. Les droits fondamentaux, de valeur constitutionnelle ou conventionnelle, sont susceptibles de faire obstacle à l'efficacité de la modulation (§ 1). L'usage du pouvoir de modulation se trouve également rigoureusement conditionné par la jurisprudence de la CJUE lorsqu'il s'agit de l'exercer dans le champ du droit de l'Union européenne (§ 2).

§ 1 - Les droits fondamentaux, limite potentielle à l'efficacité de la modulation

1191. Les droits fondamentaux auxquels porterait illégalement atteinte un acte dont il est envisagé de maintenir les effets sont pris en compte par le juge lorsqu'il effectue le bilan des avantages et inconvénients du recours à la modulation. S'ils ne font, à ce titre, pas nécessairement obstacle à ce que les effets de l'annulation soient atténués par le dispositif de modulation, il est possible que ces mêmes droits constituent une limite à l'efficacité du maintien des effets de l'acte. En droit belge, il est ainsi apparu que le respect de la constitution pouvait remettre en cause l'applicabilité d'un acte dont l'annulation a été modulée en vertu de l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État (A). En droit interne, les enseignements du contrôle de conventionnalité des lois dont l'abrogation a été différée par le Conseil constitutionnel pour des motifs de sécurité juridique confirment bien que les droits fondamentaux constituent une limite potentielle à l'efficacité de la modulation, dont le juge modulateur devrait tenir compte (B).

A - Un pouvoir susceptible d'être encadré par les droits et principes constitutionnels

1192. Article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État. Le pouvoir de modulation des effets des annulations a été conféré à la section du contentieux administratif du Conseil d'État de Belgique par le législateur en 1996, et codifié à l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État. En raison de la valeur législative de cette disposition permettant au juge administratif d'indiquer « *par voie de disposition générale* » ceux des effets d'un acte réglementaire annulé devant être maintenus provisoirement ou regardés comme définitifs, le recours au pouvoir de modulation paraissait susceptible d'entrer en conflit avec l'article 159 de la Constitution belge. Celui-ci prévoit que « *les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* ». En vertu de cette disposition, le mécanisme de l'exception d'illégalité des actes administratifs bénéficie en droit belge d'une valeur constitutionnelle. Elle implique également la compétence des cours et tribunaux judiciaires de Belgique pour procéder au contrôle incident de la légalité des actes administratifs, ceux-ci devant refuser d'appliquer ceux dont l'illégalité est – ou a été – constatée.

1193. La supériorité normative évidente de l'article 159 de la Constitution sur l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État paraissait faire dépendre l'efficacité de ce dernier d'un difficile problème d'interprétation, mis en évidence dès le début des années 2000 par le professeur David Renders. En effet, même en admettant que le maintien d'un acte annulé pouvait s'imposer aux juridictions à raison de l'autorité absolue de chose jugée attachée aux décisions d'annulation du Conseil d'État, une telle lecture des conséquences de l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État semblait méconnaître frontalement la prescription constitutionnelle imposant que les actes administratifs illégaux soient écartés des litiges. Une interprétation de l'article 14 *ter* « *dans le respect de la Constitution* » paraissait, en revanche, en limiter l'efficacité de manière significative, en permettant encore qu'un acte maintenu malgré son annulation par le Conseil d'État soit écarté par les cours et tribunaux : l'utilité de la disposition aurait ainsi été réduite « *à permettre à l'administration d'avoir appliqué - ou d'encore appliquer - cet acte, tant que les applications qui en sont faites ne sont pas, à leur tour, mises en cause devant une autorité juridictionnelle* », ce qui revenait au droit commun de l'annulation sur le plan des mesures d'exécution de l'acte annulé. Ainsi, une révision de l'article 159 de la Constitution paraissait nécessaire afin que l'article 14 *ter* puisse produire ses pleins effets.

1194. Effets du maintien de l'acte. Par un arrêt *Debie* du 18 décembre 2009, le Conseil d'État a jugé que le maintien des effets des actes réglementaires annulés ne contrevenait pas aux prescriptions de l'article 159 de la Constitution, en considérant, « *en substance, qu'un acte administratif unilatéral de portée réglementaire annulé, dont les effets sont cependant maintenus, n'est pas un acte administratif unilatéral au sens de l'article 159 de la Constitution* »²⁴⁰⁸. Le Conseil d'État y estime « *qu'en énonçant que lorsqu'il décide de mettre en œuvre l'article 14ter (...), le Conseil statue « par voie de disposition générale », le législateur a nécessairement entendu conférer un effet erga omnes à la décision du Conseil d'État ordonnant qu'un acte réglementaire irrégulier puisse produire des effets de droit* ». Selon lui, « *une telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique paralyse l'exercice de la censure de non-application pour les mesures d'exécution prises durant la période correspondant au maintien de ses effets* ». Il précise enfin qu'« *une telle paralysie temporaire de la censure de non-application ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'État valant disposition générale* ».

1195. Négation du maintien des effets. Cette interprétation n'a cependant pas emporté l'adhésion de toutes les juridictions belges. Par un jugement du 11 février 2011, le tribunal correctionnel de Charleroi avait ainsi écarté, sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, les dispositions annulées d'actes réglementaires que le Conseil d'État avait maintenues, et qui constituaient en l'espèce le fondement d'incriminations : le jugement indique « *qu'une telle décision, même prise par voie de disposition générale en application de l'article 14ter (...) ne peut justifier qu'il soit en quelque sorte fait abstraction de l'illégalité viciant la disposition qui a été annulée et est donc censée n'avoir jamais existé* »²⁴⁰⁹.

1196. Arrêt n° 18/2012 de la Cour constitutionnelle belge. La conformité à la Constitution du pouvoir de maintenir les effets d'actes réglementaires annulés s'est finalement trouvée au cœur d'une question préjudicielle adressée par la Cour de cassation à la Cour constitutionnelle. Par un arrêt n° 18/2012 du 9 février 2012, celle-ci a confirmé la constitutionnalité du pouvoir du Conseil d'État de maintenir, par voie de disposition générale, les effets d'actes réglementaires annulés, par un raisonnement que certains auteurs ont jugé

2408 David RENDERS, « L'article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'État face à l'article 159 de la Constitution », *J.T.* 2010, p. 178.

2409 T. corr. Charleroi, 7^e ch., 11 février 2011, *J. T.* 2011, p. 368, obs. David RENDERS.

« des plus astucieux, à défaut d'être juridiquement inébranlable »²⁴¹⁰. Le juge constitutionnel relève que « si le contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes administratifs, garanti par l'article 159 de la Constitution, a pu, à l'origine, être conçu comme absolu, il ne peut être fait abstraction, aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles et de conventions internationales ».

1197. Article 160 de la Constitution. Parmi ces autres dispositions se trouve, d'une part, l'article 160 de la Constitution, qui consacre l'existence du Conseil d'État. Par une interprétation constructive qui a fait l'objet de critiques²⁴¹¹, la Cour a considéré que le pouvoir constituant a entendu, en adoptant cette disposition, « consacrer le contrôle objectif de la légalité des actes administratifs » confié au Conseil d'État. Elle en déduit que « le contrôle juridictionnel de légalité, prévu à l'article 159 de la Constitution, doit raisonnablement tenir compte de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat et des modalités dont ils peuvent être assortis ». La Cour paraît ainsi avoir recherché à légitimer la reconnaissance de l'autorité du maintien des effets par des considérations de bonne administration de la justice.

1198. Principe de sécurité juridique. D'autre part et « surtout »²⁴¹², la Cour a fait appel au principe de sécurité juridique, auquel elle reconnaît une valeur constitutionnelle, et dont elle précise qu'il est « inhérent à l'ordre juridique interne, ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme », en jugeant que le contrôle prévu à l'article 159 doit être « interprété en combinaison » avec celui-ci. Son raisonnement sur ce point repose sur deux idées principales.

1199. La première est que le législateur a pu intervenir afin d'apporter une restriction au mécanisme de l'article 159 de la Constitution. Bien que cet article ne prévoie aucune limite à sa mise en œuvre, la Cour estime qu'une restriction « se justifie si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux ». Elle relève à ce titre qu'étant « tenu de garantir notamment le principe de sécurité juridique », le législateur « se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative, ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes

2410 Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Larcier, 2017, p. 162.

2411 Marc NIHOUL, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une « arme à construction massive » dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? - Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier. », *A. P.* 2012, p. 409.

2412 *Ibid.*

réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi ».

1200. La seconde idée est que l'intervention du législateur était, dans ses effets, conforme à la Constitution. La Cour considère qu'à travers l'article 14 *ter* des lois sur le Conseil d'État « le législateur a cherché à ménager un équilibre entre le principe de légalité des actes réglementaires, consacré à l'article 159 de la Constitution, et le principe de sécurité juridique », et conclut qu'il a, en adoptant cette disposition, « instauré un juste équilibre entre l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées ». De manière relativement originale, le principe de sécurité juridique est ainsi employé par la Cour au soutien de la disposition examinée, comme un contrepoids à une disposition qui pouvait s'opposer à l'effectivité de la modulation. A la lumière de ce principe, l'article 14 *ter* n'est plus un vecteur d'atteinte à l'article 159 de la Constitution et au principe de légalité, mais un instrument législatif d'organisation de l'équilibre entre des principes constitutionnels aux implications contradictoires.

1201. Cet aspect du raisonnement du juge constitutionnel a également suscité la controverse. En cautionnant que le législateur ait pu apporter une restriction à une disposition constitutionnelle, la Cour en serait venue, d'après le professeur Marc Nihoul, « à admettre [qu'il] modifie la Constitution sous le couvert de la sécurité juridique ». Or, souligne cet auteur, « au nom de l'État de droit dont découle le principe de la sécurité juridique, une révision de la Constitution – fût-ce de l'article 159 ou de l'article 160 de la Constitution – s'imposait et continue de s'imposer pour limiter la portée de l'article 159 de la Constitution ». S'il faut convenir avec cet auteur que le principe de la sécurité juridique ne commande pas en soi le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier », il est certain que cette technique y trouve son fondement. Il est dès lors permis de considérer que le législateur n'a pas outrepassé sa compétence en arbitrant, sous le contrôle du juge, entre deux principes antagonistes au respect desquels il doit veiller²⁴¹³. Par ailleurs, si l'équilibre instauré par la loi et validé par la Cour constitutionnelle devait être jugé insatisfaisant par le pouvoir constituant, celui-ci pourrait en toute hypothèse intervenir pour faire explicitement primer l'un ou l'autre des principes en jeu.

2413 V. à propos de la conciliation d'autres exigences : Pierre MAZEAUD, « Libertés et ordre public », 2003, accessible en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel.

1202. A la suite de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation belge a admis que le principe de légalité garanti par l'article 159 « *s'inscrit dans un ensemble de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, parmi lesquels figure le principe de la sécurité juridique* ». Elle a également reconnu que le pouvoir de modulation du Conseil d'État avait été institué « *aux fins de préserver la sécurité juridique, en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises* ». Elle a toutefois jugé que, en matière pénale, l'article 159 devait se combiner avec l'article 12 de la Constitution, qui prévoit le principe de légalité des délits et des peines. Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'il lui appartenait d'écarter un acte réglementaire définissant une infraction pénale, dont l'annulation avait été modulée par le Conseil d'État²⁴¹⁴.

1203. En droit interne, la compétence du judiciaire pour examiner la légalité des actes administratifs est plus réduite, ce qui tend à relativiser la portée des enseignements tirés du droit belge quant à l'autorité de la modulation. Néanmoins, le partage de la compétence de contrôle de conventionnalité se prête à l'examen de la compatibilité de certains actes dont la sanction est modulée au regard des droits fondamentaux protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le pouvoir de modulation semble toutefois inégalement encadré par les juridictions garantes des droits fondamentaux.

B - Un pouvoir inégalement encadré sur le fondement de la Convention EDH

1204. La technique de la modulation de l'effet temporel de la décision n'est pas étrangère à la Cour EDH, qui l'a déjà employée dans l'arrêt *Marckx* et qui admet, sur le fondement du principe de sécurité juridique, que les juridictions des Etats-parties maintiennent provisoirement l'applicabilité d'une disposition censurée à raison, notamment, de son inconstitutionnalité (1). Cependant, des difficultés peuvent émerger lorsqu'il s'agit, pour une juridiction nationale, de maintenir en vigueur des dispositions inconstitutionnelles. La diffusion du pouvoir de contrôle de la loi et la coexistence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi sont susceptibles d'aboutir à une telle situation (2).

1 - Un pouvoir marginalement encadré par la Cour EDH

1205. Sécurité juridique et maintien des effets par les juridictions internes. Par plusieurs décisions sur la recevabilité, la Commission européenne des droits de l'homme a admis que le

2414 C. Cass. (Belgique), 24 février 2021, P.20.0963.F. V. David RENDERS, « Jusqu'où l'article 159 de la Constitution est-il en mesure de s'opposer à la modulation dans le temps des effets d'un acte annulé par le Conseil d'État ? », *Revue Critique de Jurisprudence Belge*.

principe de sécurité juridique, qui avait justifié que la Cour module l'effet temporel de son interprétation dans son célèbre arrêt *Marckx*, pouvait également s'appliquer dans l'hypothèse de l'annulation d'une loi jugée inconstitutionnelle par une juridiction nationale, aussi bien pour garantir la stabilité de ses effets passés²⁴¹⁵ que pour permettre son maintien en vigueur jusqu'à l'intervention régularisatrice du législateur²⁴¹⁶. Après son arrêt *Hornsby* de 1997, par lequel elle a pourtant étendu l'application du droit au procès équitable à la phase d'exécution du jugement²⁴¹⁷, notamment au motif que « *ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* », la Cour a confirmé avec constance la solution adoptée par la Commission. Elle a ainsi rejeté comme manifestement irrecevables un certain nombre de requêtes dans lesquelles elle n'a décelé aucune atteinte à l'article 1 du premier protocole ou à l'article 14 de la Convention résultant de la modulation des effets de déclarations d'inconstitutionnalité²⁴¹⁸.

1206. Affaire *Chessa c/ France*. Par une décision sur la recevabilité rendue dans l'affaire *Chessa c/ France* de 2018, la Cour a précisé ces principes en traçant les contours d'un encadrement minimal du pouvoir de modulation des juridictions nationales. Elle avait été saisie par un requérant placé en hospitalisation d'office, qui avait au préalable contesté par la voie de la QPC les dispositions du code de la santé publique relatives à cette procédure. Alors que le Conseil constitutionnel avait déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, il avait différé leur abrogation à l'expiration d'un délai de deux mois. Le requérant soutenait devant la Cour que le report de l'abrogation de ces dispositions avait entraîné une violation de l'article 5 de la Convention, en ce qu'elle avait méconnu son droit d'exercer un recours contre une décision privative de liberté. La Cour EDH n'a pas accueilli cette argumentation et a rejeté la requête comme manifestement mal fondée. Après avoir relevé que le requérant avait pu saisir le juge des libertés et de la détention antérieurement et postérieurement à la déclaration d'inconstitutionnalité²⁴¹⁹, elle a rappelé que sa jurisprudence admet « *qu'une cour constitutionnelle puisse, dans l'intérêt de la sécurité juridique, maintenir provisoirement une*

2415 Commission EDH, 30 juin 1992, n° 17750/91, *R. c/ Allemagne*.

2416 Commission EDH, 18 octobre 1995, n° 22651/93, *J.R. c/ Allemagne*.

2417 CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce*, *RTD Civ.* 1997, p. 1009, note Jean-Pierre MARGUENAUD.

2418 Par ex. : CEDH, 16 mars 2000, n° 33916/96, *Walden c/ Liechtenstein* ; CEDH, 6 novembre 2003, n° 63343/00, *Roshka c/ Russie* ; CEDH, 30 novembre 2010, n° 23614/08, *Henry Urban et Ryszard Urban c/ Pologne* (spéc. § 65).

2419 Une nouvelle législation étant entrée en vigueur, conformément à la décision du Conseil constitutionnel, deux mois après la déclaration d'inconstitutionnalité.

disposition en vigueur après l'avoir annulée, jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle législation »²⁴²⁰. De manière inédite, elle a alors relevé que « *la motivation avancée par le Conseil constitutionnel selon laquelle l'abrogation immédiate des articles en cause « méconnaîtrait les exigences de la protection de la santé et de la prévention des atteintes à l'ordre public et entraînerait des conséquences manifestement excessives* » était de nature à justifier le report en cause et n'apparaît pas arbitraire »²⁴²¹.

1207. Exigence minimale de motivation. Il semble ainsi que la Cour a entendu formaliser une exigence tenant à la motivation de la décision de modulation²⁴²². Si sa jurisprudence permet de deviner la signification qu'elle confère aux termes « *arbitraire* » et « *justifié* »²⁴²³, il est possible de s'interroger sur le caractère fonctionnel de conditions construites sur des termes aussi généraux. En particulier, l'exigence que la motivation soit « *de nature à justifier le report en cause* » paraît susceptible d'être satisfaite mécaniquement dès lors que les conditions qui gouvernent l'exercice du pouvoir de modulation impliquent que le juge apprécie la nécessité de recourir à cette technique au regard des conséquences prévisibles de sa décision. Ainsi, la vocation de ces conditions paraît se limiter à permettre la condamnation de modulations grossièrement abusives, que les juridictions ne devraient pas admettre en appliquant leurs propres standards. En dehors d'une telle hypothèse, il est probable qu'il sera « *particulièrement difficile* »²⁴²⁴ pour le requérant d'établir que la motivation de la décision de modulation présente un caractère arbitraire ou injustifié. Il convient d'ailleurs de souligner que la Cour témoigné d'une certaine « *mansuétude* »²⁴²⁵ en jugeant satisfaisante la motivation du Conseil constitutionnel, alors même qu'il est souvent critiqué pour ses insuffisances et qu'elle était, en l'espèce, relativement sommaire.

1208. Dans l'état actuel de sa jurisprudence, cet encadrement formel minimal semble constituer la seule limite que la Cour EDH a fixée à l'usage du pouvoir de modulation, qui apparaît dès lors bien moins contraint que la technique de la validation législative. Compte tenu de la banalisation de la modulation et du risque que son usage fait courir au respect de

2420 CEDH, 6 février 2018, n° 76186/11, *Chessa c/ France*, § 31.

2421 *Id.*, § 32.

2422 En ce sens, v. Jean SIRINELLI, « Les annulations d'application différée », *RFDA* 2019, p. 797.

2423 Michael KOSKAS, « Le recours à l'effet différé de la censure par le Conseil constitutionnel : le point de vue de la Cour EDH », *Rev. DH* 2018, accessible en ligne sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (<https://journals.openedition.org/revdh/3850>).

2424 Thibaut LARROUTUROU, « Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2018, p. 74.

2425 Hélène HARDY, *Le principe de sécurité juridique au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse, Université de Montpellier, 2019, p. 640.

certaines droits fondamentaux comme celui du droit au procès équitable, il lui appartiendra certainement de prendre position à nouveau, notamment en définissant les possibilités de conciliation de ces droits et du principe de sécurité juridique. Les juridictions nationales chargées du contrôle de conventionnalité l'ont précédée dans cette voie en admettant de déroger au maintien de dispositions censurées par le Conseil constitutionnel lorsque le respect des engagements internationaux paraît l'exiger.

2 - Un pouvoir indirectement limité par le juge national de la conventionnalité

1209. Affaire de la garde à vue. La problématique de la conformité aux droits et libertés du régime de la garde à vue a permis de mettre en évidence les risques que présente la modulation des effets de la censure de dispositions de droit interne qui méconnaissent les stipulations de la Convention EDH.

1210. Contrariété aux droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, par ses arrêts *Salduz* et *Dayanan c/ Turquie* de 2008 et 2009²⁴²⁶, que l'absence de garantie d'accès à un avocat lors du placement en garde à vue portait atteinte au droit au procès équitable consacré à l'article 6 § 1 de la Convention. Saisi à son tour de la question de la conformité aux droits et libertés du régime de la garde à vue par la voie de la QPC, le Conseil constitutionnel a considéré, dans sa décision *Daniel W. et autres* du 30 juillet 2010²⁴²⁷, que plusieurs dispositions du code de procédure pénale organisant ce régime étaient contraires aux articles 9 et 16 de la DDHC. Le Conseil a cependant estimé que l'abrogation immédiate de ces dispositions était susceptible d'entraîner des conséquences excessives, « *les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* » pouvant être sérieusement compromis en l'absence de tout cadre juridique pour la garde à vue. Afin de permettre au législateur d'élaborer un régime conforme à la Constitution, il a différé l'abrogation au 1^{er} juillet 2011 tout en écartant de manière exceptionnelle le principe de réserve des instances en cours : malgré son inconstitutionnalité avérée et son indubitable inconstitutionnalité, la garde à vue pouvait dès lors continuer à s'appliquer selon le même régime. En dépit de leur orientation commune, l'application temporelle des solutions retenues de part et d'autre par la Cour EDH et le Conseil constitutionnel a donné lieu à d'importantes divergences au sein des juridictions judiciaires. Celles-ci se sont nouées alors que la Cour, par

2426 CEDH, 27 novembre 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie* ; CEDH, 13 octobre 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*.

2427 CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue].

son arrêt *Brusco* du 14 octobre 2010²⁴²⁸ et en application des principes issus des arrêts *Salduz* et *Dayanan*, a condamné la France pour la méconnaissance de l'article 6 § 1.

1211. Modulation des effets de l'inconventionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Par une série d'arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que des juridictions du fond avaient fait « *l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* » en annulant certains procès-verbaux d'auditions et de garde à vue effectués alors que les personnes interrogées n'avaient pu bénéficier de l'assistance effective de leur avocat²⁴²⁹. Elle a également jugé qu'il résultait de l'article 6 § 3 de la Convention EDH que, « *sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* »²⁴³⁰. Si la chambre criminelle se conformait sur le fond à la jurisprudence de la Cour EDH, elle s'est toutefois « *align[ée] sur la position prise par le Conseil constitutionnel* »²⁴³¹ en ce qui concerne l'applicabilité *ratione temporis* du régime inconventionnel de la garde à vue. Elle a ainsi jugé que les « *règles* »²⁴³² relatives à l'assistance d'un avocat au cours de la garde à vue « *ne [pouvaient] s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice* ». Elle a également précisé que ces règles prendraient effet « *lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue ou, au plus tard, le 1er juillet 2011* ». Cette motivation paraît indiquer que la chambre criminelle, plutôt que de s'estimer liée par l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution, a choisi par une appréciation souveraine de faire coïncider le maintien du régime inconventionnel de la garde à vue avec le

2428 CEDH, 14 octobre 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*.

2429 Cass. Crim., 19 octobre 2010, 10-82.306, n° 5700 ; Cass. Crim., 19 octobre 2010, 10-85.051, n° 5701.

2430 Cass. Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.902, n° 5699.

2431 Philippe THERY, « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : la Cour de cassation demeure et ne se rend pas.. », *RTD Civ.* 2010, p. 810.

2432 L'emploi du terme de « règle » est une référence significative à la jurisprudence de la Cour EDH, qui a jugé dès l'arrêt *Salduz* que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif » (...), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police (...)* » (§ 55). V., notamment, sur ce point : Emmanuel DREYER, « la Cour de cassation suspend l'application de l'article 6, § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011 », *D.* 2010, p. 2809.

délai de report de l'abrogation de la loi inconstitutionnelle. Ce faisant, la Cour a semblé exercer de manière inédite un pouvoir de modulation temporelle des effets de la déclaration d'inconventionnalité de la loi²⁴³³.

1212. Juge judiciaire et exception d'inconventionnalité de la loi inconstitutionnelle maintenue en vigueur. Postérieurement aux décisions du Conseil constitutionnel et de la chambre criminelle, la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue a été adoptée afin d'organiser un régime respectant les droits et libertés garantis par la Constitution et la Convention EDH. Ses dispositions transitoires avaient toutefois différé son entrée en vigueur au deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel, soit le 1^{er} juin 2011, ou au plus tard au 1^{er} juillet 2011, date à laquelle l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel devenait effective²⁴³⁴, de telle sorte que les dispositions du code de procédure pénale déclarées inconstitutionnelles pouvaient continuer à recevoir application. Dans ce nouveau contexte juridique, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a adopté une toute autre position que la chambre criminelle, aboutissant à remettre en cause la modulation décidée par le Conseil constitutionnel afin de faire primer immédiatement le respect de la Convention EDH.

1213. Par quatre arrêts du 15 avril 2011, la formation de jugement la plus solennelle de la Cour de cassation a reconnu l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour EDH²⁴³⁵ en soulignant que les États parties à la Convention « *sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ». L'assemblée plénière en a déduit que les juridictions du fond ne pouvaient différer l'application des règles découlant de l'article 6 de la Convention EDH selon lesquelles la personne placée en garde à vue doit pouvoir bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. Exerçant son office de juge de la conventionnalité de la loi, la Cour de cassation a ainsi écarté les dispositions du code de procédure pénale dont l'abrogation avait été différée par le Conseil constitutionnel afin de permettre, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'application immédiate des dispositions conventionnelles telles qu'interprétées par la Cour EDH.

2433 En ce sens, v. Anne LEVADE, « Quand la foudre frappe deux fois ou comment la Cour de cassation impose son rythme à la réforme de la garde à vue ! », *Constitutions* 2011, p. 326.

2434 Cf. l'art. 26 de la loi n° 2011-392 du 14 avril relative à la garde à vue.

2435 Jean-Pierre MARGUENAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD Civ.* 2011, p. 725.

1214. Par la suite, plusieurs formations de jugement de la Cour de cassation ont reproduit cette solution. En 2013, la première chambre civile a ainsi écarté pour inconstitutionnalité des dispositions législatives relatives à la contestation de l'arrêté d'admission en tant que pupille de l'État, dont le Conseil constitutionnel avait prononcé l'abrogation différée et qui étaient alors encore applicables²⁴³⁶. La chambre criminelle elle-même s'est finalement ralliée à la position de l'Assemblée plénière en 2017, à l'occasion d'une affaire relative à la procédure de contrôle douanier des navires de plaisance²⁴³⁷.

1215. Article 62 de la Constitution. Si la reconnaissance explicite par le juge judiciaire de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH était audacieuse en elle-même, les conséquences qu'en a tirées la Cour de cassation du point de vue du droit transitoire l'étaient tout autant. L'application du droit européen conduisait en effet à « *neutraliser le caractère différé de la déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel* »²⁴³⁸. Une telle solution ne pouvait cependant être regardée comme une méconnaissance de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. En effet, si, en vertu de l'article 62 de la Constitution, ses décisions sont revêtues de l'autorité de chose jugée, le Conseil constitutionnel lui-même a jugé que cette circonstance n'implique pas de limitation de la compétence des juridictions ordinaires pour opérer le contrôle de conventionnalité de la loi²⁴³⁹. En outre, l'autorité de chose jugée qui s'attache aux modalités temporelles de l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle n'impose pas aux pouvoirs publics et en particulier aux autres juridictions de faire application d'une telle loi : alors même qu'il peut être justifié par la préservation d'un objectif d'ordre constitutionnel tel que l'ordre public ou même la sécurité juridique, le report de l'abrogation n'a pas pour effet de conférer à la loi une valeur constitutionnelle jusqu'à sa disparition ; par ailleurs, le maintien du texte à raison d'un motif constitutionnel n'équivaut pas davantage à une obligation constitutionnelle d'en faire application. Compte tenu de l'étendue de l'office du Conseil constitutionnel, le prononcé d'une abrogation différée permet seulement que la loi soit encore appliquée et regardée comme un texte législatif de droit positif conforme à la Constitution. Il n'est dès lors pas exclu que la conventionnalité d'une telle loi soit examinée

2436 Cass. Civ. 1^{er}, 9 avril 2013, n° 11-27.071.

2437 Cass. Crim., 20 avril 2017, n° 15-86.227, *AJ Pénal* 2017, note Sébastien PELLÉ.

2438 Sébastien PLATON, « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil constitutionnel : « malaise dans le contentieux constitutionnel » ? », *RFDA* 2012, p. 639.

2439 CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

par le juge compétent²⁴⁴⁰. C'est au demeurant ce qu'a admis le juge administratif et ce qu'exige le juge de l'Union.

1216. Juge administratif et exception d'inconventionnalité d'une loi inconstitutionnelle maintenue en vigueur. Le juge administratif s'est à son tour reconnu compétent pour examiner la compatibilité au regard du droit international d'une loi provisoirement maintenue en vigueur par une décision du Conseil constitutionnel. Dès son arrêt *M'Rida* du 13 mai 2011, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État avait ainsi affirmé, de manière très générale, que « *les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union européenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher* ». Elle en a déduit qu'il appartient au juge du litige, « *s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner (...) s'il doit (...) écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne (...)* ». L'application de ces principes à l'espèce avait permis d'écarter des dispositions législatives déclarées inconventionnelles dont l'abrogation n'avait pu être obtenue par la QPC, dès lors que la loi déferée au Conseil constitutionnel les avait déjà abrogées. Le contrôle de conventionnalité et celui de la constitutionnalité étaient alors apparus comme des modalités complémentaires de la garantie des droits fondamentaux. Par l'arrêt *Société Red Bull* de 2015, le Conseil d'État a transposé la solution dégagée dans l'arrêt *M'Rida* à la configuration dans laquelle le Conseil constitutionnel a différé l'abrogation d'une loi déclarée contraire à la Constitution²⁴⁴¹. En écartant du litige avec effet immédiat la disposition que le Conseil constitutionnel avait entendu maintenir provisoirement en vigueur, le juge administratif a pu annuler la circulaire contestée au principal de la même manière que si la loi avait été abrogée immédiatement²⁴⁴².

2440 En ce sens, v. Olga MAMOUDY, *op. cit.*, p. 372.

2441 CE, 10 avril 2015, n° 377207, *Société Red Bull on Premise*, NCCC 2015, n° 49, p. 216, chron. Stéphane AUSTRY ; la CAA de Paris a jugé dans le même sens, dans une configuration dans laquelle le juge administratif se trouvait saisi postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel : v. CAA Paris, 12 juillet 2019, n° 18PA03025, *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA)*, AJDA 2019, p. 2621, note Vincent LAMY.

2442 Sébastien FERRARI, « L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *RDP* 2015, p. 1495.

1217. Unité du contrôle de conventionnalité des lois maintenues en vigueur à titre provisoire. La jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires retient ainsi, en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité des lois au regard des droits fondamentaux garantis par la Convention EDH, une solution identique à celle que dicte la jurisprudence *Filipiak* de la CJUE. Selon celle-ci, le maintien provisoire de la force obligatoire d'une loi déclarée inconstitutionnelle ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales, conformément au principe de primauté, écartent du litige une telle loi s'il apparaît qu'elle est contraire au droit de l'Union²⁴⁴³. Il en résulte une parfaite unité du contrôle de conventionnalité des lois, qui permet ainsi aux juges judiciaires et administratifs de veiller pleinement au respect des engagements internationaux de la France ainsi qu'au respect des droits fondamentaux garantis par la CESDH.

1218. Juge judiciaire et exception d'inconventionnalité d'un acte administratif maintenu en vigueur. La convergence des solutions retenues par les juridictions administratives et judiciaires en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité des lois inconstitutionnelles provisoirement maintenues en vigueur permet de deviner que, dans certains cas, le juge judiciaire pourrait être conduit à écarter pour inconventionnalité un acte administratif dont le juge administratif aurait différé l'annulation ou réputé certains effets définitifs. Sans doute le juge pénal peut-il, comme en droit belge²⁴⁴⁴, écarter un acte administratif maintenu dès lors qu'il est compétent pour apprécier sa légalité et que l'autorité attachée à l'annulation modulée ne le lui interdit pas. Par ailleurs, la jurisprudence *SCEA du Chéneau*²⁴⁴⁵ du Tribunal des conflits admet que le juge civil peut, au vu d'une jurisprudence bien établie, apprécier lui-même la légalité d'un acte administratif. Il peut, à ce titre, opérer un contrôle de conventionnalité des actes administratifs, notamment au regard de la Convention EDH. Il peut également apprécier la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, lorsque son interprétation ne présente pas de difficulté justifiant qu'il saisisse la CJUE. Dès lors, même en admettant que l'autorité absolue de chose jugée attachée à l'annulation modulée d'un acte administratif impose qu'un tel acte soit tenu pour *légal et applicable*, il semble que l'application du droit européen pourrait encore permettre au juge judiciaire de l'écarter par voie d'exception au terme du constat de son inconventionnalité.

2443 CJUE, 19 novembre 2009, aff. C-314/08, *Krzysztof Filipiak contre Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, § 84.

2444 C. Cass. (Belgique), 24 février 2021, P.20.0963.F. Sur cet arrêt, v. David RENDERS, « Jusqu'où l'article 159 de la Constitution est-il en mesure de s'opposer à la modulation dans le temps des effets d'un acte annulé par le Conseil d'État ? », *Revue Critique de Jurisprudence Belge*.

2445 TC, 17 octobre 2011, n° C3828, *SCEA du Chéneau*.

1219. Cette perspective ne présente cependant pas un péril très significatif pour la mise en œuvre de la jurisprudence *AC* et la sécurité des situations stabilisées par son application. Alors que celle-ci permet fréquemment de moduler les effets de l'annulation d'un acte administratif entaché d'une illégalité externe, les hypothèses dans lesquelles le juge administratif l'emploie pour maintenir en vigueur un acte contraire aux droits fondamentaux paraissent extrêmement rares. La modulation d'un acte administratif contraire au droit de l'Union européenne est, pour sa part, admise par la CJUE dans certaines conditions. Il semble que le juge judiciaire ne pourrait remettre en cause une modulation qui serait conforme aux exigences de la Cour²⁴⁴⁶. Ainsi, alors qu'il est réticent à admettre la modulation de la déclaration d'inconventionnalité sur le terrain des droits fondamentaux, la réception de la jurisprudence de la CJUE pourrait amener le juge judiciaire à respecter la modulation des effets d'une inconventionnalité constatée par le juge administratif.

1220. Utilité du point de vue des droits fondamentaux. L'opérance de l'exception d'inconventionnalité à l'égard d'une disposition provisoirement maintenue en vigueur se présente comme une garantie de l'effectivité des droits fondamentaux dans des hypothèses dans lesquelles l'effet utile de la décision juridictionnelle est affaibli par l'exercice du pouvoir de modulation. Tel est notamment le cas lorsque, tout en prononçant une abrogation différée de la loi inconstitutionnelle, le Conseil ne prévoit aucune réserve en faveur du requérant ou des justiciables ayant introduit une action à la date de sa décision. La possibilité que les juges judiciaires ou administratifs neutralisent, même partiellement, la modulation décidée par le Conseil constitutionnel doit le conduire à effectuer des bilans très subtils avant d'envisager de moduler l'effet de l'abrogation d'une loi attentatoire à des droits fondamentaux garantis par des instruments conventionnels²⁴⁴⁷. L'éventualité d'une remise en cause de la modulation par le juge judiciaire ou administratif devrait à ce titre être prise en compte par le juge constitutionnel lorsqu'il porte son appréciation sur les conséquences de l'abrogation de la loi et sur la nécessité du recours à la modulation ainsi que ses modalités.

1221. Articulation des contrôles. La possibilité d'une contradiction des effets temporels du contrôle de constitutionnalité effectué dans le cadre de la QPC et du contrôle de

2446 En particulier si le maintien de l'acte est justifié par la circonstance qu'il constitue lui-même une mesure de transposition correcte du droit dérivé, une telle condition étant exigée par la jurisprudence de la CJUE (cf. *infra*).

2447 Il semble d'ailleurs que l'affaire de la garde à vue a amené le Conseil à faire preuve de plus de finesse dans sa pratique de la modulation. En ce sens, v. Jean-François de MONTGOLFIER, « Le contrôle de la hiérarchie des normes par le juge judiciaire : question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en matière de droits fondamentaux, rapprochement et diversité », *BICC* 2014, n° 810, p. 45.

conventionnalité confié aux juges administratifs et judiciaires ne paraît pas remettre en cause la complémentarité de ces mécanismes, notamment au regard de la différence de leurs effets spatiaux. Ainsi, la déclaration d'inconventionnalité de la loi n'implique que sa mise à l'écart du litige avec effet *inter partes*. Certes, une telle sanction peut fortement compromettre l'applicabilité ultérieure d'un texte, mais elle ne revêt pas un caractère d'ordre public. Dès lors, le juge ne pourra écarter une loi dont l'inconventionnalité a déjà été constatée que si l'argumentation du requérant l'y conduit. L'exception d'inconventionnalité est, en ce sens, moins déstabilisatrice que la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi dans le cadre de la QPC qui se solde par son abrogation, éventuellement différée, dont il résultera toujours la disparition du texte de l'ordonnancement juridique avec effet *erga omnes*. A ce titre, il semble légitime que le juge constitutionnel suive une approche plus mesurée lorsqu'il apprécie les conséquences de sa décision au regard du principe de sécurité juridique, tandis que, du point de vue du juge ordinaire, la mise à l'écart d'une loi inconventionnelle paraît avoir des conséquences limitées au litige pouvant justifier de faire prévaloir les droits fondamentaux sur la sécurité juridique.

1222. Sécurité juridique et droits fondamentaux. Bien qu'elle soit nécessaire à la garantie des droits fondamentaux et qu'elle trouve des justifications techniques sérieuses, la neutralisation de la modulation d'une disposition opérée par le jeu de l'exception d'inconventionnalité ne constitue pas une solution pleinement satisfaisante²⁴⁴⁸. Quant à ses effets, il ne peut être nié qu'ils se révèlent incohérents du point de vue des différentes dimensions de la sécurité juridique²⁴⁴⁹. Le raisonnement qui la soutient pourrait également être affiné. Alors que le maintien d'une disposition législative se justifie par la prise en compte des conséquences manifestement excessives qu'emporterait sa disparition immédiate, la mise à l'écart de la loi est, semble-t-il, décidée sans l'intervention de telles considérations. Cela ressort nettement des arrêts d'Assemblée plénière du 15 avril 2011, qui érigent le principe d'effectivité immédiate de l'interprétation de la Cour EDH au rang de règle conventionnelle de droit transitoire. En l'état actuel du droit, la protection des droits fondamentaux garantis par

2448 Les cas sont, heureusement, très rares. V sur ce point : Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *Bilan quantitatif et qualitatif de la QPC*, 2018, accessible sur les sites internet du Conseil d'État et de la Cour de cassation, p. 20.

2449 L'affaire de la garde à vue l'a illustré de manière presque caricaturale : alors que le Conseil constitutionnel avait jugé approprié de différer l'abrogation des dispositions du code de procédure pénale, la solution de l'Assemblée plénière a permis une application rétroactive de la jurisprudence de la Cour EDH. Par ailleurs, les décisions contradictoires des différentes juridictions ont impliqué des variations dans l'application du droit, en faisant dépendre le sort des actes de procédure accomplis des fondements textuels choisis à l'appui de l'argumentation du justiciable.

la Convention EDH paraît ainsi exclure toute possibilité de conciliation de ces droits avec le principe de sécurité juridique. Sur le plan technique de la hiérarchie des normes comme sur le plan substantiel, rien ne s'oppose pourtant à ce qu'une telle conciliation soit opérée par le juge de la conventionnalité²⁴⁵⁰. La Cour EDH attache d'ailleurs de la valeur à la sécurité juridique, qu'elle décrit parfois comme « *l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, à la lumière de laquelle s'interprète le droit à un procès équitable* »²⁴⁵¹. Malgré tout, aussi longtemps que la Cour EDH n'aura pas suivi l'exemple de la CJUE en définissant un cadre pour l'exercice par le juge national d'un pouvoir de modulation des effets de l'inconventionnalité, il apparaît plus sûr de prévenir de telles difficultés en faisant un usage extrêmement prudent du pouvoir de modulation dans le domaine des droits fondamentaux et en veillant à la préservation maximale de l'effet utile de la décision juridictionnelle.

§ 2 - Le droit de l'Union européenne, limite matérielle à l'exercice du pouvoir de moduler

1223. Rapidement après l'arrêt *AC*, la question de la possibilité pour le juge administratif de moduler l'effet de son annulation lorsque celle-ci sanctionne la violation du droit de l'Union européenne s'est posée. Alors même que cette technique s'inspirait de la jurisprudence de la CJCE, il avait été pressenti que son utilisation présentait le risque de provoquer une situation de manquement²⁴⁵². Par ailleurs, il n'était pas certain que l'organisation du système juridictionnel européen permettait au juge national de moduler les effets d'une décision relevant du champ d'application du droit communautaire alors que le traité paraissait, selon la jurisprudence de la Cour, réserver cette compétence à cette dernière. Le dialogue des juges a cependant permis de surmonter les obstacles au maintien, par le juge national, d'un acte de droit interne contraire au droit de l'Union. C'est désormais dans le cadre fixé par la Cour et sous son contrôle (A) que le juge national peut exercer son pouvoir de modulation afin de maintenir les effets d'un acte contraire au droit de l'Union (B).

A - Le monopole de la CJUE pour déterminer, au cas par cas, les conditions du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union

1224. La Cour de justice de l'Union européenne est la seule autorité habilitée à fixer les conditions dans lesquelles le juge national peut maintenir les effets d'un acte contraire au droit

2450 V. en ce sens Sébastien PELLÉ, « Réforme de la garde à vue : encore des problèmes de droit transitoire », *D.* 2019, p. 868.

2451 CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c/ France*, § 33.

2452 La situation de manquement peut en effet résulter d'une décision de justice : v. sur ce point CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler*, *AJDA* 2003, p. 2146, chron. Jean-Michel BELORGEY, Stéphane GERVASONI et Christian LAMBERT.

de l'Union. C'est par le recours obligatoire au renvoi préjudiciel (1) que la Cour peut déterminer ces conditions, selon une approche casuistique (2).

1 - L'affirmation progressive de l'obligation de recourir au renvoi préjudiciel préalablement au maintien d'un acte contraire au droit de l'Union

1225. Si la possibilité²⁴⁵³ pour le juge national de maintenir en vigueur des actes contraires à des règles supérieures ne se confronte que rarement à des obstacles juridiques de droit interne, plusieurs considérations sont apparues susceptibles d'empêcher l'exercice de ce pouvoir au détriment du droit communautaire, devenu droit de l'Union européenne.

1226. **Réserve de compétence au profit de la Cour.** En premier lieu, lorsqu'elle s'est reconnu le pouvoir de moduler l'effet de ses décisions rendues sur renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour a revendiqué une « *compétence exclusive* »²⁴⁵⁴, dans une démarche de protection de l'unité de l'ordre juridique communautaire. L'arrêt *Denkavit* de 1980 affirme ainsi que « *l'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire implique qu'il appartient à la seule Cour de justice de décider des limitations intratemporelles à apporter à l'interprétation qu'elle donne* »²⁴⁵⁵. Alors que la Cour de justice est la seule juridiction compétente pour limiter l'effet *ratione temporis* de la déclaration d'invalidité ou de l'annulation d'un acte de l'Union, il ressort de ces formules, qui excluent que l'effet temporel d'une interprétation soit modifié *a posteriori* et par une autre autorité que la Cour, que cette dernière a entendu se réserver un monopole global dans la possibilité de définir l'effet temporel de ses décisions²⁴⁵⁶. Dès lors, bien que le juge national soit également le juge et l'interprète de droit commun du droit de l'Union, ce monopole devait impliquer l'impossibilité pour lui de déroger à l'effet temporel d'une interprétation arrêtée par la Cour

2453 La question de l'efficacité de la modulation relève d'une problématique différente (cf. supra, cette Section, § 1).

2454 Paul CASSIA, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire », *AJDA* 2005, p. 1025.

2455 CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*, § 18 ; v. de même l'arrêt CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group*, § 41, qui rappelle que la limitation des effets d'une interprétation « *ne peut être admise que par la Cour, dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée* » (nous soulignons).

2456 Théoriquement justifié par le principe d'unité du droit communautaire, ce monopole semblait pouvoir trouver un fondement textuel dans les dispositions du traité attribuant à « *la Cour* » le pouvoir de définir l'effet temporel de l'annulation (V. Didier CASAS, « L'annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences », *RFDA* 2005, p. 483, qui évoque cet argument pour le réfuter). La jurisprudence de la CJCE ne paraît cependant pas l'avoir exprimé clairement, l'absence de référence au traité pouvant s'expliquer par la circonstance qu'elle n'a affirmé un tel monopole qu'en matière de renvoi préjudiciel en interprétation, dans lequel l'extension jurisprudentielle de son pouvoir de modulation s'est accomplie sur le fondement du principe général de sécurité juridique, et non par un raisonnement analogique semblable à celui qu'elle a employé dans le cadre de la modulation des effets des arrêts en appréciation de validité.

qui, au même titre que l'effet temporel des arrêts d'annulation ou de déclaration d'invalidité, s'imposait à lui avec l'autorité de chose jugée.

1227. Primauté. En deuxième lieu, la possibilité pour une juridiction nationale de maintenir en vigueur une disposition censurée pour méconnaissance du droit européen paraissait rencontrer un obstacle difficilement franchissable dans le principe de primauté, consacré par la jurisprudence de la Cour de justice. Comme cette dernière l'a souligné dans son arrêt *Winner Wetten* de 2011, il résulte de ce principe affirmé par l'arrêt *Simmenthal* que les dispositions de droit primaire et de droit dérivé directement applicables produisent un « effet d'éviction »²⁴⁵⁷ automatique, qui rend inapplicable de plein droit toute disposition nationale contraire. Admettre que le juge national puisse maintenir en vigueur provisoirement un acte violant le droit de l'Union ou réputer définitifs certains de ses effets semblait dès lors impliquer que celui-ci soit reconnu compétent pour suspendre cet effet d'éviction impliqué par le principe de primauté.

1228. Tentatives de justification du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union sur le fondement du principe de sécurité juridique. Ayant rapidement envisagé d'exercer son pouvoir de modulation dans des hypothèses relevant du droit de l'Union²⁴⁵⁸, le Conseil d'État français a toutefois cherché à surmonter ces obstacles. Dans ses arrêts *Techna* de 2006²⁴⁵⁹ et *Canal + Distribution* de 2011²⁴⁶⁰, il a ainsi invoqué la sécurité

2457 CJUE, 8 septembre 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, § 67.

2458 V. ainsi Didier CASAS, « L'annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences », conclusions sur CE, 23 février 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, RFDA 2005, p. 483.

2459 CE, sect., 27 octobre 2006, n° 260767, *Société Techna*, RFDA 2007, p. 265, concl. François SENERS. Cette affaire a vu le Conseil d'État employer sa jurisprudence AC de manière originale, en modulant l'effet d'une décision de rejet. Intervenant à la suite d'une suspension prononcée en référé, le rejet dans cette affaire devait impliquer la mise en application immédiate d'un décret de transposition d'une directive européenne. Alors que les mesures transitoires initialement prévues par ce décret étaient devenues « caduques » (F. Seners, concl. précitées) au cours de la période de suspension, il apparaissait en l'espèce que son application immédiate, qui permettait de satisfaire aux obligations de transpositions européennes, était de nature à porter atteinte à la sécurité juridique au sens de la jurisprudence KPMG. Le Conseil d'État a donc décidé de reporter l'effet de sa décision, en se fondant sur la nécessité de concilier deux exigences concurrentes issues l'une et l'autre du droit communautaire : « l'objectif de sécurité sanitaire que poursuivent les nouvelles dispositions et l'obligation de pourvoir à la transposition d'une directive communautaire » d'une part, et « le principe de sécurité juridique, reconnu tant en droit interne que par l'ordre juridique communautaire » d'autre part, qui impliquait alors que les entreprises intéressées puissent bénéficier d'une période transitoire.

2460 CE, 17 juin 2011, n° 324816, *Canal+ Distribution et autres*. Dans cette affaire, relative à la rémunération pour copie privée, la disparition rétroactive de l'acte litigieux devait entraîner la remise en vigueur de dispositions que le Conseil d'État estimait plus attentatoires aux règles européennes. L'arrêt relève ainsi que « relative à la rémunération pour copie privée, il a ainsi considéré que « la gravité de la méconnaissance des exigences du droit de l'Union affectant les délibérations antérieures » est « supérieure à celle de la délibération attaquée ». Selon le juge, cette circonstance, associée aux « difficultés d'exécution qui porteraient atteinte à l'existence même du système de rémunération du droit de copie privée régi par [la

juridique en tant que principe général du droit de l'Union européenne pour justifier spécifiquement le recours à la modulation dans des hypothèses où celle-ci faisait obstacle au rétablissement de la légalité européenne et à la satisfaction du principe de primauté. Le juge de l'Union n'ayant jusqu'alors jamais explicitement validé cette pratique du pouvoir de modulation par le juge national, sa conformité à sa jurisprudence était mise en question²⁴⁶¹. Ce n'est qu'à demi-mots, dans l'arrêt *Winner Wetten* de 2010, que la Cour a paru reconnaître que le juge national pourrait, dans certaines circonstances, maintenir provisoirement les effets d'un acte contraire au droit de l'Union, bien qu'elle l'ait en tout état de cause exclu en l'espèce.

1229. Affaire *Winner Wetten*. Saisie d'une demande préjudicielle en interprétation adressée par une juridiction administrative allemande, la Cour avait été invitée à se prononcer sur la possibilité pour le juge national, dans les circonstances de l'espèce, de maintenir temporairement en vigueur une réglementation des jeux d'argent contraire à la libre prestation de services, par exception au principe de primauté. De nombreux Etats intervenants avaient alors soutenu qu'un tel principe pouvait être admis à titre exceptionnel et par analogie avec le pouvoir de modulation de la Cour²⁴⁶².

1230. Après avoir rappelé que, selon sa jurisprudence, la modulation de l'effet de ses propres décisions « *peut se justifier en présence de considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés, en jeu* », la Cour a semblé signaler qu'elle n'interdisait pas que le juge national puisse faire de même à titre exceptionnel et sous son contrôle. De manière quelque peu équivoque, l'arrêt indique ainsi que, « *à supposer même que des considérations similaires à celles sous-jacentes à ladite jurisprudence, développée en ce qui concerne les actes de l'Union, soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci (...)* », les conditions d'une telle suspension « *ne pourraient être déterminées que par la seule Cour* ». La Cour a cependant refusé de prendre position sur ce point, estimant qu'en l'absence de considération impérieuse de sécurité juridique, le maintien d'acte ne pouvait en tout état de cause se justifier en l'espèce. Il n'était dès lors pas possible de déterminer avec certitude si la

directive 2001/29/CE] » créait « *en application du principe de sécurité juridique, reconnu par le droit de l'Union, une nécessité impérieuse de différer pour une période de 6 mois l'effet de la présente décision* ».

2461 V. notamment Paul CASSIA, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire », *AJDA* 2005, p. 1025 ; Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par *Danthony* – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

2462 Parmi lesquels la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, la Norvège, la République Tchèque, la Slovaquie et la Grèce, (cf. aff. C-409/06, § 63).

Cour avait entendu autoriser les juridictions nationales à recourir à leur pouvoir de modulation selon les conditions qu'elle entendait déterminer préalablement, ou bien si elle avait voulu indiquer qu'elles ne pourraient le faire qu'au cas par cas, après l'avoir saisie par la voie du renvoi préjudiciel²⁴⁶³.

1231. En dépit de son ambiguïté, cette formulation laissait entrevoir que la Cour avait nuancé sa position d'opposition à ce qu'un acte national contraire au droit de l'Union soit maintenu provisoirement par une décision d'une juridiction nationale, pour des motifs de sécurité juridique. Les questions préjudicielles adressées à la Cour par les Conseils d'État de Belgique et de France dans les affaires *Inter environnement Wallonie* de 2012 et *France Nature Environnement* de 2016 lui ont permis de confirmer cette jurisprudence et d'en tracer les limites.

1232. Affaire *Inter environnement Wallonie*. Saisie par le Conseil d'État de Belgique dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne a explicitement admis, conformément aux conclusions de l'avocat général Kokott, que le maintien d'un arrêté du gouvernement wallon sur la gestion de l'azote pouvait être décidé par le juge national, selon certaines conditions. Leur énoncé, qui comportait de nombreuses références aux textes de droit dérivé qui étaient en cause, paraissait limiter cette reconnaissance à l'hypothèse de l'espèce. La Cour soulignait en effet que « *la juridiction de renvoi pourra, compte tenu de l'existence d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement, exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national annulé* »²⁴⁶⁴.

1233. Éclairée par le précédent de l'arrêt *Winner Wetten*, cette formulation semblait indiquer assez nettement que la Cour avait souhaité se réserver la prérogative d'accorder aux juridictions nationales l'autorisation d'exercer leur pouvoir de modulation dans le champ du droit de l'Union, après avoir été interrogée par renvoi préjudiciel et au cas par cas²⁴⁶⁵. Il est probable que ce fut bien la conception de la Cour, mais l'absence d'évocation d'une obligation générale en ce sens laissait inévitablement subsister des interrogations.

2463 Michel AUBERT, Emmanuel BROUSSY, Francis DONNAT, *id.*

2464 CJUE, gr. ch., 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, § 58.

2465 En ce sens, v. Olga MAMOUDY, « La jurisprudence AC ! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne », *AJDA* 2014, p. 2315 ; Jean-Claude BONICHOT, « Le point de vue d'un juge de l'Union », *AJDA* 2013, p. 396 ; David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, ed. Larcier, 2020, p. 332.

1234. La signification de la décision *Inter environnement* du point de vue de la politique jurisprudentielle de la CJUE était, en revanche, plus facilement perceptible : en ne reconnaissant pas explicitement la compétence du juge national pour moduler de sa propre initiative l'annulation d'un acte de droit interne contraire au droit de l'Union, la Cour manifestait sans doute son souci de ne pas « ouvrir une brèche dans le dogme qui veut qu'elle assure l'uniformité d'application du droit de l'Union »²⁴⁶⁶. Cette position pouvait cependant trahir « une certaine défiance à l'égard du juge national dans l'attitude qui doit être la sienne pour tirer toutes les conséquences de l'incompatibilité d'une mesure nationale avec le droit de l'Union »²⁴⁶⁷.

1235. Affaire *France Nature Environnement*. Soucieux de son autonomie, le Conseil d'État français a entendu explorer les possibilités qui lui semblaient ouvertes par les silences des arrêts *Winner Wetten* et *Inter environnement Wallonie*²⁴⁶⁸, avant de se résoudre à interroger la Cour sur leur portée dans l'affaire *France Nature Environnement*²⁴⁶⁹.

1236. La formulation des deux questions adressées à la Cour par le Conseil d'État²⁴⁷⁰ traduisait tout de même son intention de faire échapper le juge national à une obligation de saisine systématique. A cette fin, la première revêtait un caractère très général : « Une juridiction nationale, juge de droit commun du droit de l'Union, doit-elle, dans tous les cas, saisir la Cour à titre préjudiciel afin que celle-ci apprécie s'il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur les dispositions jugées contraires au droit de l'Union par la juridiction nationale ? ». La seconde question devait permettre, selon le Conseil d'État, de tirer les conséquences de la première pour le cas d'espèce : « En cas de réponse affirmative à cette première question, la décision qui pourrait être prise par le Conseil d'Etat de maintenir jusqu'au 1er janvier 2016 les effets des dispositions de l'article 1er du décret du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement qu'il juge illégales serait-elle notamment justifiée par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement ? ». Ainsi, il invitait la CJUE à n'y répondre que dans l'hypothèse où celle-ci aurait formellement reconnu l'obligation pour le juge national de la saisir de manière systématique²⁴⁷¹.

2466 Michel AUBERT, Emmanuel BROUSSY, Francis DONNAT, *id.*, AJDA 2012, p. 995.

2467 *Ibid.*

2468 Par ex., CE, 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma*.

2469 CJUE, 28 juillet 2016, aff. C 379/15, *Association France Nature Environnement*.

2470 CE, 25 juin 2015, n° 360212, *Association France Nature Environnement*.

2471 Laure CLEMENT-WILZ, « L'office du juge interne pour moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Réflexions sur l'arrêt *Association France Nature Environnement* du Conseil

1237. Comme l’avocat général Kokott, la Cour a répondu à ces questions en inversant leur ordre, en plus de les reformuler. Elle a ainsi examiné en premier lieu la seconde question du Conseil d’État, concernant la possibilité de maintenir provisoirement les dispositions nationales litigieuses, contraires à la directive ESIE. Sa première réponse, qui portait sur les conditions énoncées dans la décision *Inter environnement Wallonie*, n’apportait par elle-même aucune précision quant à la possibilité pour le juge national d’exercer, de sa propre initiative, la faculté de maintenir provisoirement en vigueur un acte contraire au droit de l’Union. Elle s’inscrivait en ce sens dans la suite directe des décisions *Winner Wetten* et *Inter environnement Wallonie*, dont il ressortait que le juge national devait obtenir son aval avant de faire usage de son pouvoir de modulation.

1238. Bien que la seconde réponse ait permis à la Cour de nuancer cette position en admettant une exception à l’obligation de renvoi, fondée sur la logique de l’acte clair²⁴⁷², c’est ainsi après avoir confirmé qu’elle entendait pouvoir « reconnaître, au cas par cas et à titre exceptionnel, à une juridiction nationale la faculté d’aménager les effets de l’annulation d’une disposition nationale jugée incompatible avec le droit de l’Union »²⁴⁷³. C’est, en effet, seulement par le recours au renvoi préjudiciel que la Cour peut déterminer les conditions dans lesquelles il est admis que le juge national puisse maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l’Union.

2 - La détermination, au cas par cas, les conditions de l’exercice, par le juge national, de son pouvoir de modulation pour maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l’Union

1239. Le renvoi préjudiciel permet à la Cour de déterminer, au regard des circonstances de chaque espèce dont elle est saisie, si et à quelles conditions le juge national peut maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l’Union. Afin de garantir le respect du principe de primauté et de limiter le risque que les juridictions nationales se livrent abusivement à des applications par analogie, le processus de détermination des conditions apparaît caractérisé par une approche casuistique très précise (a). La logique de subsidiarité qui structure le système juridictionnel de l’Union impose cependant à la Cour un effort de généralisation pour permettre aux juridictions nationales de tirer les enseignements de ses décisions, en particulier dès lors que l’arrêt *France Nature Environnement* leur a conféré une certaine marge d’appréciation sur la nécessité du recours au renvoi préjudiciel. Dans cette perspective,

d’Etat français », *European Papers* 2017, vol. 2, n° 1, p. 259, spec. p. 260.

²⁴⁷² Cf. infra, B.

²⁴⁷³ Aff. C-379/15, § 34.

l'identification des traits communs des conditions reconnues au cas par cas par la Cour permet d'en proposer une systématisation (b).

a) *Un processus de détermination apparemment casuistique*

1240. En 2010, l'arrêt *Winner Wetten* s'était ainsi borné à indiquer qu'il appartiendrait à la seule Cour, dans l'éventualité où il serait permis au juge national de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union, de fixer les conditions de l'exercice de ce pouvoir. C'est deux ans plus tard, par l'arrêt *Inter environnement Wallonie* que la Cour a, pour la première fois indiqué à une juridiction nationale les conditions selon lesquelles elle serait autorisée à maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union, en limitant cette ouverture au domaine spécifique du droit européen de l'environnement.

1241. Affaire *Inter environnement Wallonie*. Dans cette affaire, le juge administratif belge avait constaté la contrariété à la directive 2001/42/CE, dite « directive ESIE »²⁴⁷⁴, d'un arrêté du gouvernement wallon modifiant les dispositions du code de l'environnement concernant la gestion de l'azote en agriculture. L'arrêté en litige, dont l'adoption n'avait pas été précédée de l'évaluation environnementale prévue par la directive ESIE, était entaché d'une illégalité externe pouvant justifier son annulation. Il était cependant apparu que cet arrêté avait opéré la transposition en droit belge d'un autre texte de droit dérivé : la directive 91/676/CEE du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles. Ainsi, son annulation rétroactive était susceptible d'entraîner une nouvelle méconnaissance du droit européen et de créer une situation de manquement de la Belgique à son obligation de transposition de la directive sur les nitrates. Par ailleurs, elle risquait de compromettre « *l'objectif de protection de l'environnement, lequel constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union et revêt un caractère tant transversal que fondamental* »²⁴⁷⁵.

1242. Première formulation des conditions du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union dans le domaine de l'environnement. Au regard des circonstances de l'espèce, la Cour a reconnu que l'existence d'une « *considération impérieuse liée à la protection de l'environnement* » pouvait justifier que le juge national soit autorisé à maintenir les effets de l'acte litigieux. Elle a alors fixé quatre conditions à la modulation de l'annulation d'un acte national contraire au droit de l'Union européenne, dont la formulation

²⁴⁷⁴ Directive du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, « Evaluation Stratégique des Incidences sur l'Environnement ».

²⁴⁷⁵ CJUE, gr. ch., 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, § 57.

était manifestement « centrée sur les données de l'affaire au principal »²⁴⁷⁶ : premièrement, indique la Cour, l'arrêté attaqué « doit constituer une mesure de transposition correcte de la directive 91/676 » ; deuxièmement, la juridiction doit apprécier si l'adoption et l'entrée en vigueur d'un nouvel arrêté « ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de l'arrêté attaqué » ; troisièmement, l'annulation de l'arrêté doit avoir pour conséquence « de créer un vide juridique, en ce qui concerne la transposition de la directive 91/676, qui serait plus préjudiciable à l'environnement » ; enfin, quatrième, « un maintien exceptionnel des effets d'un tel acte national ne pourrait se justifier que durant le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée ».

1243. En application de ces conditions, le Conseil d'État belge a finalement refusé de faire droit à la demande de modulation formulée par le défendeur, estimant qu'il n'apportait pas la preuve de ce qu'une annulation rétroactive aurait affaibli le niveau de protection de l'environnement.

1244. Si la décision *Inter environnement Wallonie* avait indiscutablement révélé que la CJUE admettait désormais la possibilité qu'un acte de droit interne contraire au droit de l'Union soit maintenu provisoirement par le juge national, la formulation des conditions ne permettait pas de déterminer avec certitude si leur portée se limitait à l'espèce ou avait vocation à s'appliquer à des cas plus ou moins similaires. L'arrêt *France Nature Environnement* de 2016 a permis à la Cour, saisie par le Conseil d'État français, de préciser la signification de sa décision *Inter environnement Wallonie*, notamment par la formalisation des conditions dans lesquelles le juge national pouvait être autorisé à exercer son pouvoir de modulation dans le domaine du droit de l'environnement de l'Union européenne.

1245. Affaire *France Nature Environnement*. Le Conseil d'État avait été saisi d'un recours dirigé contre le décret du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et programmes ayant une incidence sur l'environnement, qui transposait en droit interne la directive ESIE de 2001. Il avait alors constaté que le décret litigieux méconnaissait la directive européenne telle qu'elle avait été interprétée par la CJUE dans son arrêt *Seaport*²⁴⁷⁷ : en effet, alors que ce décret confiait à la même autorité administrative, d'une part, la compétence d'élaboration et

2476 Hervé CASSAGNABERE, « Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps », *NCCC* 2017, n° 54, p. 47.

2477 CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-474/10, *Department of the Environment for Northern Ireland c/ Seaport*.

d'approbation de certains plans et programmes en matière d'environnement et, d'autre part, la compétence d'évaluation environnementale de ces plans et programmes, il ne comportait aucune mesure permettant de garantir l'autonomie fonctionnelle effective de l'entité chargée de la compétence d'évaluation. L'annulation rétroactive de ce décret semblait être de nature à diminuer le degré de protection de l'environnement. Elle présentait par ailleurs des risques du point de vue de la stabilité des situations juridiques. Elle était notamment susceptible de fragiliser les plans et programmes adoptés en méconnaissance de la directive, exposés à des recours directs comme à des contestations incidentes dans lesquels l'illégalité du décret pourrait être invoquée. De la même manière, elle pouvait se répercuter sur les décisions individuelles, telles que des autorisations relatives à l'usage des sols, prises en application de ces plans et programmes. Au regard des conséquences prévisibles de cette annulation, le Conseil d'État envisageait de faire application de sa jurisprudence *Association AC*, après avoir saisi la Cour à ce sujet.

1246. Alors qu'il avait, en second lieu, interrogé la Cour sur la possibilité de maintenir l'acte litigieux eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge européen a examiné cette question en premier lieu et lui a donné une portée plus large en précisant les conditions dans lesquelles la jurisprudence *Inter environnement Wallonie* permet au juge national d'exercer son pouvoir de modulation dans le domaine du droit de l'environnement de l'Union européenne.

1247. La Cour a d'abord réaffirmé l'obligation pour les juridictions nationales de prendre les mesures permettant d'assurer la primauté du droit européen en suspendant ou en annulant les plans ou programmes adoptés en méconnaissance de la directive ESIE. Elle a, par la suite, rappelé sa jurisprudence *Winner Wetten* selon laquelle « seule la Cour peut, à titre exceptionnel et pour des considérations impérieuses de sécurité juridique, accorder une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle du droit de l'Union », en soulignant, « cela étant et quant au domaine considéré », que l'arrêt *Inter environnement Wallonie* avait admis qu'une juridiction nationale puisse, en tenant compte d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement et sous les conditions fixées par la Cour, faire usage de son pouvoir de modulation.

1248. Généralisation des conditions énoncées par la décision *Inter environnement Wallonie*. Tout en insistant sur les limites de la « faculté de maintenir, à titre exceptionnel,

certaines effets d'un acte national incompatible avec le droit de l'Union »²⁴⁷⁸ reconnue au juge national, la décision *France Nature Environnement* a procédé à une extension du champ dans lequel la Cour en a admis l'usage : sans les extraire du domaine spécifique du droit de l'environnement de l'Union européenne, elle augmente en effet le degré de généralité des conditions initialement énoncées par l'arrêt *Inter environnement Wallonie*. Alors que la formulation des conditions était, dans cette décision, très liée au cas d'espèce et aux actes de droit dérivé qu'il concernait, la Cour les présente ici de manière plus générale et abstraite : premièrement, la disposition nationale attaquée doit constituer « *une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement* » ; deuxièmement, « *l'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition du droit national ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de la disposition du droit national attaquée* » ; troisièmement, l'annulation doit avoir « *pour conséquence de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement qui serait plus préjudiciable à celui-ci* » ; quatrième, le maintien exceptionnel des effets ne doit couvrir « *que le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée* »²⁴⁷⁹.

1249. Bien qu'elles aient été légèrement reformulées, l'arrêt *France Nature Environnement* permettait ainsi d'identifier une certaine constance dans la teneur des conditions initialement fixées par l'arrêt *Inter environnement Wallonie*. Alors que les circonstances de ces affaires partageaient des traits communs, la jurisprudence ultérieure a révélé que les spécificités d'autres espèces exerçaient une puissante influence sur la définition des conditions du maintien, par le juge national, d'actes contraires au droit de l'Union, confirmant la démarche casuistique de la Cour.

1250. Deux affaires dans lesquelles l'annulation d'actes nationaux paraissaient susceptibles de mettre en cause la sécurité de l'approvisionnement en électricité d'un Etat membre ont ainsi donné lieu à la formulation de conditions qui diffèrent de celles que la Cour avait énoncées dans les arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*.

2478 CJUE, 28 juillet 2016, aff. C-379/15, *Association France Nature Environnement*, § 37

2479 Arrêt *France Nature Environnement*, § 43 ; pour comparaison, il est renvoyé au § 63 de la décision *Inter environnement Wallonie* précitée.

1251. Affaire *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen et autres*. Par la loi du 28 juin 2015, le législateur belge a modifié la loi du 31 janvier 2003 sur la sortie progressive de l'énergie nucléaire, qui prévoyait la désactivation progressive de plusieurs centrales nucléaires, afin de permettre le redémarrage et la poursuite de l'activité de ces centrales jusqu'en 2025, après l'accomplissement d'importants travaux de modernisation. Les ONG Inter environnement Wallonie et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ont demandé l'annulation de ce texte à la Cour constitutionnelle en soutenant, notamment, que les travaux envisagés par la loi constituaient un « projet » au sens de la directive 2011/92/UE et qu'ils auraient dû, à ce titre, être précédés d'une évaluation environnementale²⁴⁸⁰. La Cour constitutionnelle a, dès lors, saisi la CJUE de plusieurs questions afin de déterminer si les travaux entraient dans le champ d'application de la directive et s'ils pouvaient relever d'une hypothèse d'exemption prévue par ce texte. La neuvième question portait spécifiquement sur le maintien des effets de la loi : il était demandé à la CJUE de préciser si, dans l'hypothèse où « *le juge national devait arriver à la conclusion que la loi [du 28 juin 2015] méconnaît une des obligations découlant des conventions ou directives précitées (...)* », il lui serait possible de « *maintenir les effets de la loi du 28 juin 2015 afin d'éviter une insécurité juridique et de permettre qu'il soit satisfait aux obligations d'évaluation des incidences environnementales et de participation du public qui découleraient des conventions ou directives précitées* ».

1252. Par un arrêt de grande chambre rendu le 29 juillet 2019²⁴⁸¹, la CJUE a dit pour droit que les travaux décidés par le législateur belge devaient être qualifiés de projet au sens de la directive 2011/92/UE et, en exposant les conditions permettant à un tel projet de bénéficier d'une exemption de l'étude d'impact prévue par ce texte, dont la vérification appartient à la juridiction de renvoi, a laissé entendre que les travaux en cause n'étaient pas susceptibles de relever d'une telle hypothèse. Dès lors, il était prévisible qu'il reviendrait à la Cour constitutionnelle de tirer les conséquences de la violation de la directive 2011/92/UE par la loi du 28 juin 2015.

1253. En réponse à la neuvième question, la Cour a rappelé que les principes du droit de l'Union européenne imposaient aux autorités compétentes de suspendre ou d'annuler les projets adoptés en méconnaissance des obligations procédurales instituées par le droit dérivé,

2480 Il était également fait grief à la loi du 28 juin 2015 de méconnaître la convention d'Espoo, la convention d'Aarhus, la directive « Habitats », la directive « Oiseaux » et la Constitution.

2481 CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. 411/17, *Inter-environnement Wallonie ASBL et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL*, AJDA 2019, p. 2291, chron. Philippe BONNEVILLE, Christian GÄNSER, Sophie MARKARIAN ; RAE – LEA 2019/3, p. 611, note Nicolas de SADELEER.

par des références jurisprudentielles semblables à celles qui précédaient, dans les arrêts *Inter environnement Wallonie* ou *France Nature Environnement*, la formulation des conditions du maintien d'un acte contraire au droit de l'Union. La motivation de l'arrêt *Bond Beter Leefmilieu* se distingue toutefois de celle de ces deux précédents par l'évocation de la possibilité, ultérieurement reconnue par l'arrêt *Comune di Corridonia* de 2017, de « régulariser des opérations ou des actes irréguliers au regard du droit de l'Union ». La Cour souligne ainsi que, sous certaines conditions, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'une évaluation des incidences d'un projet sur l'environnement exigée par la directive EIE soit effectuée à titre de régularisation, alors que le projet est en cours ou achevé²⁴⁸².

1254. Après cette précision, la Cour rappelle qu'elle a également admis dans l'arrêt *Inter environnement Wallonie* de 2012 qu'une juridiction nationale pouvait, « compte tenu de l'existence d'une considération impérieuse liée, comme tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, à la protection de l'environnement », et dans le respect des conditions prévues par cet arrêt, « exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national annulé ». Cette formulation, qui laissait entendre que les considérations environnementales en jeu dans les arrêts de 2012 et 2016 n'étaient pas les seules à pouvoir justifier le maintien des effets d'un acte contraire au droit de l'Union, annonçait l'identification de nouvelles « considérations impérieuses » dans la suite du raisonnement de la Cour.

1255. Conformément à la méthode des arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*, la Cour admet ainsi que des « considérations impérieuses ayant trait à la sécurité de l'approvisionnement en électricité de l'État membre concerné » pourraient justifier, selon des conditions qu'il lui appartient de déterminer, que les effets de mesures « telles que celles en cause au principal » soient maintenus. En ce sens, elle indique que « de telles considérations ne sauraient justifier le maintien des effets de mesures nationales adoptées en méconnaissance des obligations découlant des directives EIE et habitats que si, dans l'hypothèse d'une annulation ou d'une suspension des effets de ces mesures, il existait une menace réelle et grave de rupture de l'approvisionnement en électricité de l'État membre concerné, à laquelle il ne pourrait être fait face par d'autres moyens et alternatives, notamment dans le cadre du marché intérieur ». En outre, « un tel maintien ne peut couvrir que le laps de temps strictement nécessaire pour remédier à l'illégalité ». Il ressort de cette

2482 *Id.*, §§ 175-176.

motivation que le maintien d'un acte au nom de considérations impérieuses liées à la sécurité de l'approvisionnement en électricité d'un Etat membre obéit à des conditions apparemment distinctes de celles qui avaient été fixées par les arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature environnement* pour justifier le maintien d'un acte au nom de considérations impérieuses liées à la protection de l'environnement, hormis celle tenant à la durée du maintien de l'acte contraire au droit de l'Union pendant un laps de temps strictement nécessaire à la réparation de l'illégalité.

1256. En application de ces conditions et au terme d'une longue démonstration²⁴⁸³, la Cour constitutionnelle belge a estimé que « *la réalité et la gravité d'une menace structurelle de rupture de l'approvisionnement en électricité du pays, à laquelle il ne [pouvait] être fait face par d'autres moyens et alternatives, notamment dans le cadre du marché intérieur, [étaient] établies* », aussi a-t-elle maintenu les effets de la loi annulée au plus tard jusqu'au 31 décembre 2022²⁴⁸⁴.

1257. Affaire des éoliennes à Aalter et à Nevele. La Cour de justice a, quant à elle, reproduit le raisonnement suivi dans l'arrêt *Bond Beter Leefmilieu* dans l'arrêt de grande chambre du 25 juin 2020 *A e. a. Eoliennes à Alter et à Nevele*²⁴⁸⁵, confirmant à cette occasion qu'elle admettait également que des actes individuels soient maintenus par le juge national dans les conditions fixées par sa jurisprudence. Cette affaire faisait suite à la contestation, par une association de riverains, d'un permis d'implanter une éolienne ainsi que d'un arrêté et d'une circulaire fixant les conditions de sa délivrance, ces actes ayant été adoptés sans être précédés d'une évaluation environnementale. Saisie d'une question préjudicielle par le Conseil du contentieux des permis, une juridiction administrative spécialisée de la région Flamande, la Cour a répondu que « *lorsqu'il apparaît qu'une évaluation environnementale, au sens de la directive 2001/42, aurait dû être réalisée avant l'adoption de l'arrêté et de la circulaire sur lesquels est fondé un permis relatif à l'implantation et à l'exploitation d'éoliennes contesté devant une juridiction nationale, de sorte que ces actes et ce permis seraient non conformes au droit de l'Union, cette juridiction ne peut maintenir les effets desdits actes et de ce permis, que si le droit interne le lui permet dans le cadre du litige dont elle est saisie, et dans*

2483 Près de 13 pages sur les 74 que comporte l'arrêt de la Cour sont consacrées à l'examen des conditions fixées par la CJUE.

2484 Cour const. belge, 5 mars 2020, n° 34/2020, *ASBL Inter environnement Wallonie et ASBL Bond Beter Leefmilieu*, (B.32.1.), *RTD Eur.* 2021, p. 106, chron. Emmanuelle SAULNIER-CASSIA.

2485 CJUE, 25 juin 2020, aff. C-24/19, *A e.a. (Eoliennes à Aalter et à Nevele)*, § 95 ; *RJE* 2021, n° 46, p. 695, note Ioannis MICHALIS.

l'hypothèse où l'annulation dudit permis serait susceptible d'avoir des retombées significatives sur l'approvisionnement en électricité de l'ensemble de l'État membre concerné et uniquement pendant le temps strictement nécessaire pour remédier à cette illégalité »²⁴⁸⁶.

1258. En dépit de leurs variations apparentes et de la démarche casuistique de la Cour, les conditions fixées par elle dans ces différents arrêts obéissent à une logique commune permettant d'en envisager la systématisation.

b) Des conditions obéissant à une logique commune

1259. Considérations impérieuses. Dans l'arrêt *Winner Wetten* de 2010, la Cour a admis que des « *considérations similaires* » aux « *considérations impérieuses de sécurité juridique* » justifiant qu'elle fasse usage de son pouvoir de moduler l'effet de ses propres décisions pourraient, « *par analogie et à titre exceptionnel* », permettre de suspendre l'effet d'éviction exercé par le droit de l'Union et, ainsi, autoriser une juridiction nationale à maintenir les effets d'un acte annulé pour méconnaissance de ce droit. Sa jurisprudence ultérieure a identifié deux considérations de ce type : les arrêts *Inter environnement Wallonie* de 2012 et *France Nature Environnement* de 2016 font ainsi référence à une « *considération impérieuse liée à la protection de l'environnement* », tandis que les arrêts *Bond Beter Leefmilieu* de 2019 et *A e. a. Eoliennes à Alter et à Nevele* de 2020 évoquent des « *considérations impérieuses ayant trait à la sécurité de l'approvisionnement en électricité de l'État membre concerné* ». Si la Cour entend se réserver la compétence de déterminer les considérations qui seraient de nature à justifier le maintien d'un acte de droit national contraire au droit de l'Union, il apparaît que, conformément à la ligne fixée en 2010, ces considérations sont effectivement d'une nature et d'une importance similaires à celles qui sont invoquées pour la mise en œuvre de son propre pouvoir de modulation²⁴⁸⁷. Elles relèvent d'une exigence caractérisée de sécurité juridique, particulièrement envisagée dans sa dimension matérielle tenant à la stabilité de l'ordre et des situations juridiques, laquelle se concrétise toujours dans un objectif d'intérêt général de l'Union.

1260. Une condition originale : la conformité du contenu de l'acte au droit de l'Union. Plus précisément, les « *considérations impérieuses* » identifiées par le juge européen ne peuvent justifier le maintien d'un acte que si celui-ci contribue à la satisfaction du droit de

²⁴⁸⁶ *Id.*, § 95.

²⁴⁸⁷ V. par ex. en matière de protection de l'environnement : CJCE, 25 février 1999, aff. C-164/97 et C-164/97, *Parlement européen c/ Conseil*, §§ 22-24 ; CJUE, 16 avril 2015, aff. C-317/13, §§ 72-74 ; TUE, 13 décembre 2018, *Ville de Paris c/ Commission*, aff. T-339/16, § 160 et s.

l'Union et de ses objectifs, à un degré tel que sa disparition serait de nature à en compromettre la réalisation, à plus ou moins grande échelle. La conformité du contenu de l'acte au droit de l'Union est ainsi nécessaire à son maintien.

1261. Transposition correcte du droit de l'Union par l'acte litigieux. C'est ainsi que, dans les arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*, la première condition formulée par la Cour est que l'acte national dont le maintien est envisagé constitue « une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement ». Cette condition excluait dès lors que le juge national puisse maintenir les effets de l'acte litigieux lorsqu'il n'a pas transposé, ou a incorrectement transposé, le droit de l'Union, introduisant une limite matérielle inédite à l'exercice du pouvoir de modulation du juge national. A travers cette exigence, la Cour a entendu tenir compte, comme l'avait suggéré l'avocat général Kokott²⁴⁸⁸, de la distinction entre les illégalités internes et externes dans la définition des conditions du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union²⁴⁸⁹, afin que le constat du bien-fondé de l'acte permette d'en justifier le maintien provisoire. Dans ces deux affaires, l'atteinte au droit de l'Union résultait ainsi de la méconnaissance d'obligations procédurales relatives à l'accomplissement de l'évaluation environnementale exigée par la directive ESIE : alors que le caractère externe d'une telle illégalité pouvait impliquer que le contenu des actes litigieux demeurait conforme au droit de l'Union, leur disparition immédiate paraissait pouvoir engendrer, à son tour, une atteinte de fond au droit de l'Union et à l'objectif de protection de l'environnement qu'il poursuit.

1262. Nécessité de l'acte litigieux pour la poursuite d'un objectif fondamental de l'Union. L'exigence que l'acte attaqué constitue une mesure de transposition correcte du droit de l'Union n'apparaît pas directement dans les arrêts *Bond Beter Leefmilieu* ou *A e.a.* Dans l'arrêt de 2019, cette condition semble en fait absorbée par la circonstance que « la sécurité d'approvisionnement énergétique dans l'Union européenne » est identifiée par le TFUE et par la Cour comme « l'un des objectifs fondamentaux de la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie »²⁴⁹⁰ : la Cour paraît ainsi admettre que la poursuite d'un objectif fondamental de l'Union équivaut à la transposition du droit dérivé, dès lors que l'acte litigieux ne méconnaît

2488 Concl. de l'avocat général Juliane KOKOTT sur l'aff. C-379/15, *Association France Nature Environnement*, § 37.

2489 Laurent COUTRON, *id.*

2490 CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. 411/17, *Bond Beter Leefmilieu*, §§ 156-157.

pas, par son contenu, le droit de l'Union, et que sa disparition peut également compromettre l'accomplissement des finalités politiques de ce droit.

1263. Contrariété du contenu de l'acte au droit de l'Union. Inversement, la circonstance que l'acte litigieux méconnaît sur le fond le droit de l'Union s'oppose radicalement à ce que le juge national soit autorisé à en maintenir les effets. L'arrêt de grande chambre *La Quadrature du net et autres* du 6 octobre 2020²⁴⁹¹ a notamment vu la Cour refuser explicitement qu'une juridiction nationale exerce son pouvoir de moduler les effets d'une annulation pour maintenir en vigueur une disposition dont le contenu heurtait le droit de l'Union. Dans cette affaire complexe, la Cour avait été saisie de questions préjudicielles adressées par le Conseil d'État français et la Cour constitutionnelle belge, portant sur la conservation des données de connexion. A cette occasion, elle a jugé que l'obligation de transmission ou de conservation indifférenciée de certaines données imposée aux fournisseurs de service de communications électroniques méconnaissait les exigences de la directive « vie privée et communications électroniques » 2002/58 ainsi que de la Charte des droits fondamentaux.

1264. Dans sa demande préjudicielle, la Cour constitutionnelle belge l'avait interrogée sur la possibilité de maintenir provisoirement la législation contestée devant elle, « *en vue, entre autres, de la poursuite des objectifs de sauvegarde de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité* »²⁴⁹². Après avoir rappelé les précédents relatifs au maintien d'actes adoptés en méconnaissance de l'obligation d'effectuer une évaluation environnementale, la CJUE a précisé que « *contrairement à l'omission d'une obligation procédurale telle que l'évaluation préalable des incidences d'un projet dans le domaine spécifique de la protection de l'environnement, une méconnaissance de l'article 15 (...) de la directive 2002/58, lu à la lumière (...) de la Charte, ne saurait faire l'objet d'une régularisation par voie d'une procédure comparable à celle mentionnée au point précédent. En effet, le maintien des effets d'une législation nationale, telle que celle en cause au principal, signifierait que cette législation continue à imposer aux fournisseurs de services de communications électroniques des obligations qui sont contraires au droit de l'Union et qui comportent des ingérences graves dans les droits fondamentaux des personnes dont les données ont été conservées* ». Par un arrêt du 5 avril 2022, la grande chambre de la CJUE a réitéré cette solution²⁴⁹³ en refusant

2491 CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, aff. C-511/18, *La Quadrature du net et autres*.

2492 *Id.*, § 213.

2493 CJUE, gr. ch., 5 avril 2022, aff. C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, § 122.

qu'une législation nationale contraire au droit de l'Union et emportant de graves ingérences dans les droits fondamentaux soit maintenue pour des motifs de sécurité juridique.

1265. Si la formulation de la Cour paraît associer l'impossibilité de maintenir un acte contraire au droit de l'Union à la prévention des ingérences graves dans des droits fondamentaux, la portée de cette précision peut être éclairée par l'observation de sa jurisprudence relative à la protection des droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux. La notion d'« *ingérences graves* » renvoie en effet à un standard d'appréciation de la proportionnalité entre les atteintes portées à ces droits et les objectifs poursuivis par la législation nationale : des ingérences « *d'une vaste ampleur et d'une particulière gravité* »²⁴⁹⁴ dans les droits à la vie privée et à la protection des données ne peuvent ainsi être justifiés que par des considérations tenant à « *la lutte contre la criminalité grave* »²⁴⁹⁵ et « *la prévention des menaces graves contre la sécurité publique* »²⁴⁹⁶, tandis que les ingérences d'une moindre ampleur peuvent être justifiées par des objectifs moins urgents tels que « *[la] prévention, [la] recherche ou [la] poursuite d'infractions pénales en général* »²⁴⁹⁷. Il peut en être déduit que la précision relative au caractère grave de l'ingérence dans les droits fondamentaux en cause est, pour la Cour, une circonstance permettant de caractériser une violation de fond des règles du droit de l'Union, laquelle constitue l'obstacle déterminant au maintien d'une disposition nationale.

1266. L'arrêt *Quadrature du net* confirme ainsi, en négatif, l'exigence qui traverse les arrêts *Inter environnement Wallonie – France Nature Environnement* d'une part et *Bond Beter Leefmilieu – A e.a.* d'autre part, selon laquelle l'acte national ne peut être maintenu que si son contenu est conforme au droit de l'Union, qu'il transpose ou dont il satisfait un objectif fondamental. Même si l'exercice du pouvoir de modulation par le juge national va nécessairement conduire à atténuer les conséquences d'une violation du droit de l'Union²⁴⁹⁸, cette condition assure ainsi, en théorie, que le recours à cette technique par le juge national

2494 CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, aff. C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, § 65.

2495 CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-203/15, *Tele 2 Sverige AB*, §§ 100-102.

2496 CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, aff. C-511/18, *La Quadrature du net et autres*, § 140.

2497 *Ibid.*

2498 Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, « Du maintien des effets dans le temps d'une loi de prolongation de production d'électricité nucléaire en raison d'une menace réelle et grave pour la sécurité de l'approvisionnement en Belgique, au détriment de l'obligation européenne d'évaluation environnementale », *RTD Eur.* 2021, p. 106.

trouvera une justification dans la préservation de l'effectivité du droit de l'Union et de la réalisation de ses objectifs.

1267. Restreignant le maintien des effets d'un acte contraire au droit de l'Union aux hypothèses dans lesquelles sa violation se limite au plan externe, cette condition apparaît relativement originale par rapport aux droits internes dans la mesure où ceux-ci admettent généralement que le pouvoir de modulation soit employé pour maintenir les effets d'un acte entaché d'une illégalité interne.

1268. Des conditions classiques tenant à la nécessité et à la proportionnalité du maintien des effets de l'acte. A l'inverse, les autres conditions qui ressortent des arrêts de la Cour ne relèvent pas d'une logique substantiellement différente de celles que les juridictions nationales suivent théoriquement dans l'exercice de leur pouvoir de modulation.

1269. De manière relativement classique, les deuxième et troisième conditions évoquées par les arrêts de 2012 et 2016 tendent à assurer que le recours à la modulation soit parfaitement justifié, tant par des considérations de technique juridique que par des considérations matérielles, en l'occurrence liées à l'intérêt de la protection de l'environnement. Il est ainsi exigé par la Cour que « *l'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition du droit national ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de la disposition du droit national attaquée* ». Par ailleurs, l'annulation doit avoir « *pour conséquence de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement qui serait plus préjudiciable à celui-ci* ». La quatrième condition vise, quant à elle, à garantir la proportionnalité temporelle de la modulation et donc à ce qu'il ne soit porté atteinte au principe de primauté que dans une mesure strictement nécessaire. De telles conditions ne semblent pas se distinguer fortement de celles qui sont, par exemple, suivies par le juge administratif dans l'application de la jurisprudence *AC*.

1270. Comme celle tenant à la transposition correcte du droit de l'Union et contrairement à celle relative à la durée strictement nécessaire du maintien des effets, les conditions tenant, d'une part, à l'impossibilité de compenser les effets préjudiciables de la disparition de l'acte par l'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition de droit national et, d'autre part, au risque de création d'un vide juridique ne sont pas formellement rappelées par l'arrêt

Bond Beter Leefmilieu. Elles semblent l'une et l'autre avoir été adaptées aux circonstances particulières de l'espèce : tandis que la seconde paraît substituée par l'exigence d'une « menace réelle et grave de rupture de l'approvisionnement en électricité » de l'État membre, la première peut se traduire dans l'exigence qu'il ne puisse y « être fait face par d'autres moyens et alternatives, notamment dans le cadre du marché intérieur ». Une fois encore, de telles conditions s'apparentent à celles qui sont prises en compte par les juridictions internes – ou par le juge européen lui-même – dans l'exercice habituel de leur pouvoir de modulation.

1271. A l'issue du rapprochement de ces arrêts, il apparaît que les effets d'un acte contraire au droit de l'Union peuvent être maintenus si la disparition immédiate et rétroactive de cet acte est susceptible de provoquer des *conséquences préjudiciables notoires*, telles qu'un vide juridique affaiblissant la protection de l'environnement ou une rupture dans l'approvisionnement en électricité, *auxquelles il ne peut être efficacement remédié de manière immédiate*, soit par la réfection d'un acte, soit par le recours à d'autres modalités. En toute hypothèse, le maintien des effets d'un acte ne peut être admis que dans un *laps de temps limité au strict nécessaire*.

1272. L'identification d'une logique commune aux conditions résultant de la jurisprudence casuistique de la Cour permet de mieux cerner les justifications du maintien d'effets d'actes contraires au droit de l'Union. Il convient toutefois de rappeler qu'il n'appartient qu'à la Cour de déterminer si et dans quelles conditions les effets d'un acte adopté en violation d'une règle de l'Union peuvent être maintenus par les juridictions nationales, celles-ci exerçant leur compétence sous le regard du juge de l'Union.

B - La compétence du juge national pour maintenir les effets d'un acte contraire au droit de l'Union dans les conditions fixées par la Cour

1273. Par principe, le juge national ne peut maintenir les effets d'un acte contraire au droit de l'Union dans les conditions fixées par les arrêts de la Cour qu'après l'avoir saisie d'une question préjudicielle. L'arrêt *France Nature Environnement* a toutefois admis que, lorsque ces conditions ont déjà été énoncées par la Cour, le juge national pouvait éventuellement être dispensé de cette obligation de saisine pour apprécier directement si l'acte litigieux pouvait être maintenu conformément aux conditions prévues par la Cour **(1)**. Fondée sur la théorie classique de l'acte clair et l'idée de subsidiarité, cette exception à l'obligation de saisine donne

lieu à des applications plus ou moins justifiées du pouvoir de modulation des juridictions nationales dans le champ du droit de l'Union (2).

1 - L'institution d'une exception à l'obligation de renvoi fondée sur la logique de la théorie de l'acte clair

1274. Jusqu'à l'arrêt *France Nature Environnement* de 2016, un « dialogue préjudiciel »²⁴⁹⁹ s'est noué autour de la problématique du maintien des effets d'un acte national contraire au droit de l'Union, amenant la CJUE à confronter sa position rigoureuse à celle des juridictions nationales. Par deux décisions rendues en 2014 après avoir saisi la CJUE de questions préjudicielles en interprétation, le Conseil d'État français a notamment défendu une conception de l'office du juge national selon laquelle ce dernier pouvait être amené à faire usage de son pouvoir de modulation, de sa propre initiative, dans le champ du droit de l'Union.

1275. De manière attendue, il a toutefois jugé, dans l'arrêt *Vent de colère*²⁵⁰⁰ de 2014, qu'il ne pouvait maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union après que la Cour avait elle-même refusé de moduler l'effet de sa décision préjudicielle rendue dans la même affaire²⁵⁰¹. Cette solution, « fondée sur l'autorité de la chose jugée par la CJUE à titre préjudiciel »²⁵⁰², apparaissait parfaitement conforme à la jurisprudence *Inter environnement Wallonie*²⁵⁰³. Son application *a contrario* dans l'arrêt *Octapharma* semblait plus discutable²⁵⁰⁴. Dans cette espèce, le Conseil d'État a jugé qu'il pouvait appliquer la jurisprudence *Association AC* dès lors que la Cour, saisie sur renvoi, n'avait pas elle-même expressément refusé d'employer son propre pouvoir de modulation.

1276. La motivation de la décision *Octapharma* révélait une certaine prudence de la part du juge administratif français : celui-ci tente de justifier le maintien de l'acte illégal par la

2499 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union », *AJDA* 2017, p. 1879.

2500 CE, 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colère*, *AJDA* 2014, p. 1784, comm. Olga MAMOUDY.

2501 V. CE, 15 mai 2012, n° 324852, *Association Vent de colère* ; CJUE, 19 décembre 2013, aff. C-262/12, *Association Vent de colère*. Il s'agissait de déterminer si un mécanisme d'obligation d'achat d'électricité produite par éoliennes constituait une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE. Alors que le gouvernement français avait formulé une demande tendant à ce que la Cour fasse usage de son pouvoir de modulation, celle-ci avait estimé qu'aucune considération de sécurité juridique ne justifiait de limiter la rétroactivité naturelle de l'interprétation.

2502 Olga MAMOUDY, *id.*

2503 Par ailleurs, elle prolongeait logiquement celle qui avait déjà été retenue par le juge administratif dans l'hypothèse où la Cour module l'effet de son arrêt en prévoyant une réserve pour les instances déjà introduites. V. par ex., CAA Marseille, 3 octobre 2009, n° 08MA03969, *SAS Regie Network Languedoc*.

2504 CE, 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma*.

référence à un objectif du droit de l'Union européenne²⁵⁰⁵ ; par ailleurs, dans la lignée de l'arrêt *Canal* + qui soulignait l'existence d'une « *nécessité impérieuse* » de différer l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union, l'arrêt *Octapharma* évoque « *l'intérêt général qui s'attache de manière impérieuse à prévenir toute situation de rupture d'approvisionnement en plasma thérapeutique* » ; enfin, alors que le Conseil d'État avait retiré cette mention du considérant de principe de l'arrêt *AC* un an auparavant, la motivation de l'arrêt *Octapharma* réintroduit l'exigence que la modulation soit employée « *à titre exceptionnel* », dans le champ du droit de l'Union.

1277. Il n'en demeurait pas moins que, en modulant les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union sans avoir préalablement saisi la CJUE sur cet aspect, alors même que la décision *Inter environnement Wallonie* semblait l'y inviter, voire le lui imposer de manière assez évidente, le Conseil d'État adoptait une attitude de résistance à la Cour²⁵⁰⁶. Celle-ci traduisait à la fois son « *souhait de préserver son autonomie* »²⁵⁰⁷ à l'égard du pouvoir de modulation et sa volonté « *d'infléchir la jurisprudence de la Cour de justice conformément à l'analyse qui était la sienne* »²⁵⁰⁸. Selon certains auteurs²⁵⁰⁹, l'« *idée de subsidiarité* »²⁵¹⁰ et l'intérêt d'une résolution rapide de la situation litigieuse par le juge national, juge de droit commun de l'Union européenne, directement confronté aux enjeux de l'affaire, pouvaient ainsi justifier que la Cour infléchisse l'obligation de renvoi qu'elle entendait instituer, sans transgresser les principes de primauté et d'uniformité²⁵¹¹.

1278. Sans abandonner l'obligation de saisine, l'arrêt *France Nature Environnement* prend en compte les arguments favorables à l'attribution d'une certaine autonomie au juge national. Cependant, alors que le juge français avait interrogé la Cour de manière « *particulièrement*

2505 L'arrêt relève ainsi que l'annulation, qui devait en l'espèce avoir pour conséquence d'interrompre la fabrication par l'Établissement français du sang du plasma SD, un produit thérapeutique, aurait généré une situation « *contraire à l'objectif du droit de l'Union européenne de maintenir un niveau élevé de protection de la santé humaine* ».

2506 Olga MAMOUDY, *AJDA* 2014, p. 2315.

2507 Laure CLEMENT-WILZ, « L'office du juge interne pour moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Réflexions sur l'arrêt *Association France Nature Environnement* du Conseil d'État français », *European Papers*, vol. 2, 2017, n°1, p. 259, spec. p. 264.

2508 Jean-Marc SAUVE, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », intervention au Congrès du 25^e anniversaire de l'Académie de droit européen à Trèves le 19 octobre 2017, accessible sur le site du Conseil d'État (rubrique Actualités, sous-rubrique Discours et interventions).

2509 Michel AUBERT, Emmanuel BROUSSY, Francis DONNAT, chron. précitée, *AJDA* 2010, p. 2305 ; Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA* 2012, p. 2372.

2510 Jean SIRINELLI, « Les annulations d'application différées », *RFDA* 2019, p. 797.

2511 En ce sens, v. Alexandre LALLET, concl. sur CE, 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma*, accessibles sur Ariane ; contra, v. Olga MAMOUDY, « La jurisprudence *AC* ! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne », *AJDA* 2014, p. 2315.

large »²⁵¹² sur l'existence d'une obligation pour le juge national de saisir dans tous les cas la CJUE préalablement au maintien d'un acte contraire au droit de l'Union, celle-ci a choisi de faire porter sa réponse sur le cas spécifique des juridictions nationales dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours, en analysant la question du Conseil d'État à travers le prisme de l'obligation de renvoi prévue par l'article 267, al. 3, TFUE²⁵¹³.

1279. Obligation de renvoi et théorie de l'acte clair. Cette obligation de renvoi ne s'impose pas avec la même rigueur aux juridictions nationales selon la nature de la question à laquelle elles sont confrontées. Il résulte ainsi de la jurisprudence *Foto-Frost* de 1987 que toutes les juridictions, que leurs décisions puissent faire l'objet d'un recours ou non, sont dans l'obligation de transmettre à la Cour toute question relative à la validité du droit de l'Union. En ce qui concerne le renvoi en interprétation, si la Cour retient pour principe que l'article 267, al. 3, TFUE impose aux juridictions nationales de saisir lorsque leurs décisions sont insusceptibles de recours, une exception classique a été reconnue sur le fondement de la théorie de l'acte clair. L'arrêt *CILFIT* de 1982 a ainsi admis que, lorsqu'aucun doute raisonnable n'existe sur l'interprétation d'un acte de droit de l'Union, une telle juridiction nationale peut s'abstenir de saisir la Cour.

1280. Transposition de la logique de l'acte clair à la question du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union. Après avoir rappelé cette solution, la Cour l'a transposée à la problématique du maintien par le juge national d'un acte contraire au droit de l'Union, dans le champ d'application de la jurisprudence *Inter Environnement Wallonie*. Elle rappelle, en premier lieu et « *dans l'état actuel du droit de l'Union* », qu'une juridiction nationale dont les décisions ne sont plus susceptibles de recours est en principe « *tenue de saisir la Cour à titre préjudiciel, afin que celle-ci puisse apprécier si, exceptionnellement, des dispositions de droit interne jugées contraires au droit de l'Union peuvent être provisoirement maintenues, au regard d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement (...)* ». En second lieu, et par application de la logique de la théorie de l'acte clair, elle reconnaît qu'une telle juridiction peut être « *dispensée* » de l'obligation de renvoi « *lorsqu'elle est convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe, quant à l'interprétation et à*

2512 Laurent COUTRON, « Chronique Contentieux de l'Union européenne - Limitation dans le temps d'un arrêt préjudiciel : un monopole menacé de la Cour de justice ? », *RTD Eur.* 2017, p. 400.

2513 Aux termes de cette disposition : « *Lorsqu'une telle question [sur la validité ou l'interprétation du droit de l'UE] est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.* ».

l'application des conditions qui ressortent de [la jurisprudence de la Cour et, en l'espèce, de l'arrêt Inter environnement Wallonie] ».

1281. Un compromis satisfaisant. De manière aussi remarquable que mesurée, la Cour a ainsi affirmé la possibilité pour le juge national de maintenir en vigueur, de sa propre initiative, un acte contraire au droit de l'Union, conformément au souhait exprimé au sein du Conseil d'État français. L'affaire *France Nature Environnement* se présente à cet égard comme une illustration positive du dialogue des juges et de l'influence réciproque qu'exercent les juridictions nationales et la Cour de justice²⁵¹⁴. La solution générale semble satisfaisante et équilibrée. Elle confère aux juridictions nationales une marge de manœuvre favorable à l'efficacité procédurale, tout en ne présentant pas, en théorie, de risque élevé d'atteinte à l'uniformité du droit de l'Union.

1282. La décision *France Nature Environnement* témoigne ainsi de la prise en compte par la Cour des raisons qui justifieraient qu'une juridiction nationale puisse moduler, de sa propre initiative, les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union, mais les replace dans la perspective globale du système de l'Union, dont elle doit assurer la cohérence. Alors même que l'exigence de stabilité des situations juridiques pourrait ponctuellement justifier qu'une juridiction nationale fasse usage de son pouvoir de modulation pour limiter les effets excessivement perturbateurs d'une annulation, il apparaît en effet qu'une telle pratique peut générer de l'insécurité juridique en portant atteinte à l'uniformité du droit de l'Union ainsi qu'au principe de primauté. Dans un tel conflit entre les dimensions interne et européenne du principe de sécurité juridique, il semble que la stabilité des situations juridiques, au sein d'un ordre national, ne suffit pas à justifier qu'il soit porté atteinte à la sécurité juridique qui résulte, pour l'ensemble des sujets et institutions de l'Union, de l'uniformité du droit de l'Union et de la prévisibilité de la sanction de sa méconnaissance.

1283. En dépit des limites rencontrées par sa pratique, la théorie de l'acte clair fournit un cadre conceptuel pertinent pour l'exercice, par le juge national, d'un pouvoir susceptible de mettre en cause l'uniformité du droit de l'Union. En effet, si le juge national constitue bien le juge de droit commun de l'Union européenne, il n'en est pas le juge suprême et l'absence de voie de recours contre une décision d'une cour suprême nationale prononçant le maintien en vigueur d'un acte contraire au droit de l'Union justifie pleinement l'existence d'une obligation

²⁵¹⁴ Giulia GENTILE, « Inter-Environnement Expanded : Another brick out of the wall of EU Law supremacy ? », *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, p. 321.

de renvoi sur ce point, lorsqu'il est impossible d'affirmer qu'aucun doute raisonnable n'existe quant à l'application des conditions. Par ailleurs, il est justifié que la Cour, garante des principes de primauté et d'uniformité du droit de l'Union, soit le seul organe habilité à déterminer les conditions dans lesquelles l'effet d'éviction du droit de l'Union peut être provisoirement suspendu. Comme elle l'a souligné à plusieurs reprises : « *si des juridictions nationales avaient le pouvoir de donner aux dispositions nationales la primauté par rapport au droit de l'Union auquel ces dispositions contreviennent, serait-ce même à titre provisoire, il serait porté atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union* ». La prudence du juge de l'Union ne paraît pas exagérée, dès lors que « *l'atteinte à l'application uniforme du droit de l'Union* » qu'elle évoque peut être caractérisée aussi bien par une décision isolée que par le risque d'imitation qu'elle engendrerait, ce dont témoigne à certains égards la jurisprudence des juridictions administratives suprêmes de France et de Belgique.

2 - L'application incertaine des règles par les juridictions nationales

1284. Il résulte de la décision *France Nature Environnement* que, lorsque la CJUE s'est déjà prononcée en déterminant, dans une espèce, les conditions du maintien exceptionnel des effets d'un acte contraire au droit de l'Union, une juridiction nationale qui se trouve confrontée à un cas similaire peut, si elle n'a aucun doute quant à l'applicabilité de ces conditions, exercer son pouvoir de modulation pour limiter les effets d'une annulation.

1285. Affaire d'Oultremont et autres. Le Conseil d'État de Belgique a fait une application de cette possibilité dans un arrêt *d'Oultremont et autres* du 16 novembre 2017²⁵¹⁵. Saisie en 2015 d'une question préjudicielle, la Cour de justice avait dit pour droit dans un arrêt de 2016 qu'un arrêté du gouvernement wallon relatif aux conditions d'installation d'éoliennes relevait du champ d'application de la directive 2001/42/CE²⁵¹⁶. Ce texte aurait dès lors dû faire l'objet d'une évaluation environnementale, et se trouvait par conséquent entaché d'une illégalité procédurale justifiant son annulation. Alors que la Cour n'avait pas été interrogée sur la question du maintien des effets de l'acte litigieux, le Conseil d'État belge était saisi d'une demande de mise en œuvre de l'article 14 *ter* des lois coordonnées. C'est ainsi après avoir rappelé les enseignements des arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement* que le juge administratif belge a procédé, assez longuement, à l'examen des conditions qu'ils fixent.

2515 CE (Belgique), 16 novembre 2017, n° 239.886, *D'Oultremont et autres c/ Région wallonne*.

2516 CJUE, 27 octobre 2016, aff. C-290/15, *d'Oultremont e.a. c/ Région wallonne*.

1286. Vérification de la condition tenant à la transposition correcte du droit de l'Union.

L'analyse de la première condition apparaît particulièrement détaillée, près de cinq pages y étant consacrées. En s'appuyant notamment sur son préambule, le juge y établit que les dispositions de l'arrêté litigieux assurent l'exécution et la mise en œuvre de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, dont il souligne qu'elle « *impose aux États membres des objectifs contraignants et des mesures concernant l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables* »²⁵¹⁷. Il en déduit qu'« *une annulation pure et simple* » de cet arrêté risque « *de compromettre les objectifs contraignants nationaux poursuivis sur la base de la directive 2009//28/CE ainsi que l'exécution d'une disposition de droit européen en matière d'environnement en sorte que la limitation des effets de l'annulation s'impose "par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement".* »²⁵¹⁸.

1287. Vérification des autres conditions. L'examen des autres conditions prévues par l'arrêt *France Nature Environnement* est effectué plus sommairement²⁵¹⁹. Ainsi, en rappelant que « *l'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition du droit national ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation* », le juge relève quelque peu lapidairement qu'« *une réfection rétroactive de l'arrêté attaqué se conçoit en effet difficilement* ». C'est avec plus de soin qu'il établit que l'annulation de l'arrêté aurait pour conséquence « *de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement qui (...) se traduirait par une protection moindre* » : il est ainsi relevé que l'annulation de l'arrêté litigieux aurait entraîné l'application des dispositions d'un arrêté plus ancien qui, à travers le contentieux qu'il avait généré, s'était « *avéré inadéquat notamment en ce qui concerne les mesures de bruit* » ; à ce titre, il apparaissait « *plausible* » que l'annulation de l'arrêté litigieux « *ait un effet perturbateur dans la réalisation du programme de déploiement de l'éolien* »²⁵²⁰.

1288. Maintien des effets d'un acte contraire au droit de l'Union en l'absence de doute sur l'interprétation des conditions fixées par la Cour. Enfin, après avoir estimé que le délai de trois ans correspondait aux exigences de la quatrième condition, le Conseil juge qu'il résulte de ces éléments, conformément à l'exigence de l'arrêt *France Nature Environnement*,

2517 CE (Belgique), arrêt n° 239.886, p. 38.

2518 *Id.*, p. 37.

2519 *Id.*, p. 40.

2520 *Id.*, p. 36.

qu'« aucun doute raisonnable n'existe quant à l'interprétation et à l'application des conditions qui ressortent de l'arrêt [*Inter environnement Wallonie*] », ce dont il déduit qu'il lui est permis de maintenir les effets de l'acte attaqué par application de l'article 14 *ter* des lois coordonnées sur le Conseil d'État²⁵²¹.

1289. Ainsi et alors même qu'il ne l'a pas interrogée sur ce point, le juge administratif belge paraît bien avoir fait un usage de son pouvoir de modulation conforme aux exigences de la Cour. L'illégalité en cause dans l'arrêt *d'Oultremont* résidait en effet, comme dans les affaires de 2012 et 2016, dans la méconnaissance d'une exigence procédurale liée à la réalisation d'une étude environnementale, par elle-même dépourvue d'incidence directe sur la conformité du contenu de l'acte au droit de l'Union. De même, l'examen des conditions auquel s'est livré le juge peut convaincre que l'arrêté litigieux permettait de transposer, en droit interne, des exigences de droit dérivé et que son annulation pure et simple aurait compromis la réalisation des objectifs de l'Union en matière de protection de l'environnement. En définitive, cette décision du Conseil d'État belge fournit une illustration pertinente de la manière dont les juridictions nationales peuvent faire usage des potentialités qui leur sont ouvertes par les arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*.

1290. Pour sa part, le Conseil d'État français fait le choix de s'éloigner du cadre défini par la CJUE, dans le dessein d'assouplir les conditions du recours au pouvoir de modulation dans l'hypothèse de l'annulation d'un acte contraire au droit européen. L'arrêt *ANODE* de 2017 manifeste ainsi une lecture pragmatique mais relativement superficielle des conditions fixées par la Cour, qui visait à permettre une modulation dont le juge européen n'aurait vraisemblablement pas autorisé le principe.

1291. Affaire ANODE. L'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) avait saisi le Conseil d'État d'un recours contre le décret n° 2013-400 du 16 mai 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel. Elle soutenait que ce décret, pris pour l'application des articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie, méconnaissait la directive 2009/73/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel. Par une décision du 15 décembre 2014, le Conseil d'État a saisi la CJUE d'une question d'interprétation visant à déterminer si la réglementation française des tarifs du gaz constituait une entrave à la réalisation d'un marché concurrentiel. La Cour a répondu, dans sa décision du

2521 *Id.*, p. 41.

7 septembre 2016²⁵²², que l'intervention d'un Etat membre imposant aux fournisseurs historiques de proposer au consommateur final la fourniture de gaz à des tarifs réglementés constituait par sa nature une entrave à la réalisation d'un marché concurrentiel. Elle a cependant rappelé que, dans l'intérêt économique général et sous certaines conditions, une telle entrave pouvait être admise « *afin, notamment, d'assurer la sécurité de l'approvisionnement et la cohésion territoriale* ». A la lumière de cette réponse, le Conseil d'État a considéré que les articles L. 445-1 à L. 445-5 du code de l'énergie constituaient une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel, en violation de la directive 2009/73/CE. Ayant estimé qu'aucun motif d'intérêt général ne pouvait justifier cette entrave, il n'a pu que constater l'illégalité du décret attaqué, pris pour l'application de dispositions législatives inconstitutionnelles.

1292. Formule de principe sur la modulation, par le juge administratif, de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Le Conseil d'État a, par la suite, précisé les conséquences qu'il entendait tirer de cette illégalité, en ajoutant une formule inédite relative à l'application de la jurisprudence *AC* dans l'hypothèse de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union :

« S'agissant d'une annulation résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne, cette faculté ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse. En effet, dans son arrêt " Association France Nature Environnement " du 28 juillet 2016 (affaire C-379/15), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit qu'une juridiction nationale peut, lorsque le droit interne le permet, exceptionnellement et au cas par cas, limiter dans le temps certains effets d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national qui a été adoptée en méconnaissance d'une directive, à la condition qu'une telle limitation s'impose par une considération impérieuse et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont elle est saisie, lorsqu'elle est convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe quant à l'interprétation et l'application des conditions posées par sa jurisprudence à une telle limitation. »

1293. Cette nouvelle formulation témoigne de l'influence des exigences du droit de l'Union sur le pouvoir de modulation du juge administratif français et, dans une certaine mesure, traduit la réception de la jurisprudence de la CJUE par le Conseil d'État.

1294. Consécration du degré d'exigence renforcé. Elle confirme ainsi explicitement l'orientation retenue par le Conseil d'État dans les arrêts *Canal +* et *Octapharma*, consistant à

2522 CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-121/15, *ANODE*, § 74.

soumettre la modulation de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union à un régime dérogatoire au droit commun caractérisé par une exigence renforcée de nécessité impérieuse. Dans une telle hypothèse, la modulation retrouve par ailleurs le caractère exceptionnel qui lui avait été initialement conféré en 2004²⁵²³. Justifiées par la prise en compte du droit de l'Union, ces adaptations du régime juridique de la modulation sont sans doute le fruit du dialogue des juges, quoique celui-ci semble avoir été cultivé localement plutôt qu'importé.

1295. Réception imparfaite de la jurisprudence de la Cour. En évoquant explicitement l'arrêt *France Nature Environnement* de la CJUE, le complément au considérant de principe de l'arrêt *AC* paraît manifester l'intention de l'assemblée du contentieux de s'y conformer. Sa formulation ne restitue toutefois pas fidèlement la conception ni les exigences de la Cour. Elle donne en effet une présentation au sens positif d'une hypothèse que l'arrêt *France Nature Environnement* n'a envisagé qu'en négatif, comme l'exception au principe selon lequel le juge national doit saisir la Cour avant de maintenir les effets d'un acte contraire au droit de l'Union. L'inversion à laquelle a procédé le Conseil d'État n'est pas dénuée de portée sémantique : elle insiste sur la marge de manœuvre reconnue au juge national et escamote l'obligation de renvoi.

1296. Par ailleurs, l'arrêt *ANODE* synthétise les exigences de la Cour au point d'omettre certaines d'entre elles.

1297. Certes, c'est à juste titre que le Conseil d'État rappelle que, selon la Cour, le juge national peut « *exceptionnellement et au cas par cas* » moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union, cette modulation devant être justifiée par une « *considération impérieuse* » et « *compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire* »²⁵²⁴. Il est encore parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour que la juridiction nationale soit tenue de démontrer de manière circonstanciée l'absence de tout doute raisonnable pour recourir à cette technique.

1298. Le Conseil d'État s'est en revanche abstenu de reproduire les quatre conditions dégagées par la Cour dans ses arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*. En particulier et malgré sa grande importance théorique, la condition tenant à

2523 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*

2524 Ces formulations figurent dans l'arrêt CJUE, 28 juillet 2016, aff. C 379/15, *Association France Nature Environnement*, § 40, § 43, § 53, § 54.

ce que l'acte attaqué, et qu'il s'agit de maintenir, constitue une mesure de transposition exacte du droit de l'Union n'apparaît pas. En reformulant de la sorte les exigences de la Cour, le Conseil d'État entendait extraire la faculté de moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union du champ du droit de l'environnement, au sein duquel la jurisprudence européenne en avait alors cantonné l'usage. Comme l'ont indiqué les chroniqueurs du Conseil d'État, « *la décision de l'assemblée du contentieux se place en réalité en amont [des quatre conditions dégagées par la Cour], qu'elle considère implicitement comme étant propres au droit de l'environnement* »²⁵²⁵. Si cette lecture du régime défini par la Cour répond sans doute à un souci d'efficacité, la légitimité du juge français pour se prononcer de cette manière apparaît très incertaine.

1299. Modulation de l'annulation. Cette interprétation de la jurisprudence de la Cour a permis au Conseil d'État de s'affranchir des conditions qui en découlaient, afin d'exercer son pouvoir de modulation dans une affaire concernant le droit de l'énergie. En l'espèce, après avoir relevé que l'annulation rétroactive du décret aurait fait naître des « *incertitudes graves* » sur la situation contractuelle de plus de neuf millions de consommateurs ayant conclu ou renouvelé des contrats de fourniture de gaz au tarif réglementé entre mai 2013 et décembre 2015, l'assemblée a jugé, eu égard à « *la nécessité impérieuse de prévenir l'atteinte au principe de sécurité juridique qui en résulterait* », qu'il y avait lieu de regarder comme définitifs les effets produits par ce décret, sous réserve des actions contentieuses engagées. Cette annulation, dont les effets pour le passé ont été entièrement neutralisés, a dès lors pu être qualifiée de « *platonique* » par la doctrine²⁵²⁶. Ce terme paraît à la fois adapté et conforme au sens que lui avait donné le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Martin*. Il y affirmait, à propos de l'annulation platonique de l'acte détachable du contrat, que cette sanction « [aurait] *toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées* »²⁵²⁷. En l'occurrence, en censurant le mécanisme des tarifs réglementés après avoir exclu rigoureusement qu'un motif d'intérêt économique général puisse le sauver, la décision du Conseil d'État appelait une intervention normative visant à mettre en conformité le droit

2525 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*

2526 Olga MAMOUDY, *id.* ; Bertrand SEILLER in « La jurisprudence *CFDT Finances* : illustration d'un mouvement de sécurisation des actes administratifs. Entretien avec Camille Broyelle et Bertrand Seiller. », *Revue DPA* 2018, p. 14.

2527 Jean ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, rec. p. 768, également accessible sur Revue générale du droit *on line*, 2018, numéro 29454 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29454).

français aux exigences de l'Union²⁵²⁸. Cette décision illustre ainsi, selon les chroniqueurs du Conseil d'État, que le pouvoir de modulation est susceptible de « *confort[er] l'effectivité du droit de l'Union, en évitant que le juge national, anticipant les effets fortement déstabilisateurs d'une annulation, ne préfère se montrer trop accommodant avec l'exigence d'effectivité du droit de l'Union* »²⁵²⁹.

1300. Interprétation discutable de la jurisprudence de la CJUE. Cohérente au regard de sa propre relecture des critères européens, la modulation opérée par le Conseil d'État ne semble cependant pas pleinement conforme aux exigences de la Cour, que le juge administratif français cherchait manifestement à assouplir, voire à tordre à son avantage.

1301. S'il a pu être considéré comme audacieux²⁵³⁰, l'usage de cette faculté au-delà du domaine du droit de l'environnement ne paraissait pas condamnable en lui-même. C'est en effet dans une affaire concernant le principe de libre prestation de services que la CJUE a manifesté sa « *première (mais très discrète) inflexion* »²⁵³¹ à propos du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union. Il est vrai que cette application très extensive de la jurisprudence de la Cour aurait pu être mieux justifiée par une transposition plus rigoureuse des conditions fixées par les arrêts *Inter environnement Wallonie* de 2012 et *France Nature Environnement*. Les chroniqueurs du Conseil d'État avaient relevé que ces conditions, « *très centrées sur la protection de l'environnement* » étaient « *difficiles, sans un effort d'interprétation démesuré, à transposer au litige* »²⁵³². Selon eux, devenaient ainsi « *inopérantes* » les conditions tenant à ce que l'acte maintenu soit « *une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement* » ou à ce que l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions ne suffise pas à permettre d'éviter « *les effets préjudiciables sur l'environnement de l'annulation* » ou la création d'un vide juridique également « *plus préjudiciable à la protection de l'environnement* » que le maintien provisoire de l'acte²⁵³³. Cette argumentation ne convainc pas totalement, dès lors que chacune des conditions issues de l'arrêt *France Nature Environnement* pouvait être généralisée ou transposée *mutatis mutandis* à un autre domaine que celui de la protection de l'environnement,

2528 Régis LANNEAU, « Le Conseil d'État offre un sursis aux tarifs réglementés de l'électricité », *DA* 2018, n° 7, comm. 39 ; v. également à ce sujet : Louis de FONTENELLE « Les tarifs réglementés de l'électricité sur la sellette », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, n° 8-9, comm. 44.

2529 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*

2530 Frédéric LOMBARD, *id.*

2531 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*, à propos de l'arrêt *Winner Wetten* (cf. supra).

2532 *Id.*

2533 *Id.*

en particulier la condition tenant à ce que l'acte litigieux constitue une mesure de transposition correcte. Les conclusions du rapporteur public révélaient par ailleurs que l'application des conditions de *France Nature Environnement* au cas d'espèce, loin d'être impossible, aboutissait plus simplement à considérer que la modulation n'était pas envisageable à moins de méconnaître la jurisprudence de la CJUE, ce dont il est tentant de déduire que la transposition des conditions a été écartée par des considérations finalistes.

1302. Même en admettant que les circonstances de l'affaire *ANODE* permettaient d'envisager la modulation, le juge national s'est montré « *téméraire* »²⁵³⁴ en estimant qu'il pouvait être dispensé de son obligation de saisir de la Cour à titre préalable. Comme l'avait souligné le rapporteur public, le contexte jurisprudentiel ne paraissait pas permettre au juge national d'affirmer son absence de tout doute quant à la possibilité de moduler sans saisir la Cour²⁵³⁵ : celle-ci avait ainsi explicitement refusé de limiter l'effet dans le temps de son interprétation dans plusieurs arrêts relatifs à la mise en cause des tarifs réglementés dans d'autres Etats membres²⁵³⁶. Il semblait dès lors vain de saisir la Cour en espérant qu'elle se montre favorable à la modulation²⁵³⁷.

1303. Affaire *La CIMADE et autres*. En dépit de sa contrariété apparente aux exigences de la Cour, le mode opératoire de l'arrêt *ANODE* a été suivi en 2018 dans un arrêt *La CIMADE et autres*²⁵³⁸ à l'occasion duquel le Conseil d'État s'est contenté de caractériser une nécessité impérieuse pour moduler l'annulation du décret du 29 mars 2017 portant dispositions relatives à l'allocation pour demandeur d'asile, qui méconnaissait les exigences de la directive 2013/33/UE, sans rechercher à transposer les conditions de la jurisprudence *France Nature Environnement*.

1304. Affaire *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux*. Par comparaison, l'approche adoptée en 2019 par le Conseil d'État de Belgique dans son arrêt *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux (LBPRO)*²⁵³⁹ paraît plus prudente et respectueuse de la

2534 Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*

2535 V. sur ce point Olga MAMOUDY, *id.* ; Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, *id.*

2536 V. par ex. CJUE, 23 octobre 2014, aff. C-359/11, *Alexandra Schulz*, §§ 54-64.

2537 Le rapporteur public n'a d'ailleurs pas proposé au Conseil d'État de surseoir à statuer une nouvelle fois à cette fin.

2538 CE, 17 janvier 2018, n° 410280, *La CIMADE et autres*.

2539 CE (Belgique), 25 octobre 2019, n° 245.927, *a.s.b.l. Ligue royale belge pour la protection des oiseaux et consorts*.

jurisprudence de la CJUE, lorsqu'il a entendu maintenir les effets d'un acte méconnaissant une directive différente de celle qui était en cause dans les arrêts de 2012 et 2016.

1305. Dans cette affaire, plusieurs associations avaient saisi le Conseil d'État d'un recours tendant à la suspension et à l'annulation d'un arrêté du gouvernement wallon relatif à l'organisation de la chasse pour une période comprise entre le 1^{er} juillet 2016 et le 30 juin 2021. Ce texte était entaché de plusieurs illégalités et, dès lors qu'il ne permettait pas de s'assurer que la chasse de certaines espèces d'oiseaux, telles que la perdrix grise et la sarcelle d'hiver, respectait les principes d'une utilisation raisonnée et d'une régulation équilibrée du point de vue écologique des espèces concernées, il avait notamment été jugé contraire à la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages. Au terme de ce constat d'illégalité, le juge a toutefois considéré, conformément à l'argumentation du gouvernement wallon, qu'il pouvait être nécessaire de maintenir les effets de l'acte attaqué. L'arrêt relève ainsi que l'annulation de l'arrêté aurait pour conséquence « *d'interdire de facto la chasse jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté* », alors que cette pratique « *participe au maintien d'un équilibre entre les différentes espèces ainsi qu'entre la faune et la flore* » et que son « *arrêt impromptu (...) au milieu d'une saison cynégétique pourrait entraîner des conséquences sur cet équilibre* ».

1306. Transposition des conditions fixées par la CJUE à une autre directive. Avant d'appliquer l'article 14 *ter* eu égard à ces considérations, le Conseil d'État a également souligné que, « *le droit de l'Union européenne [étant] en cause dans les deuxième et troisième moyens* », il y avait lieu « *d'avoir égard aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 février 2012 [Inter environnement Wallonie] et du 28 juillet 2016 [France Nature Environnement]* » et aux conditions fixées par ces décisions. Selon le Conseil d'État belge, « *Bien ce que ces arrêts concernent la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, leur enseignement peut être transposé aux autres directives en matière de protection de l'environnement, telles que la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages* ». Afin de se prononcer sur le maintien de l'acte sans saisir la CJUE d'une question préjudicielle, le juge administratif belge s'est ainsi efforcé de transposer une à une les conditions fixées par la jurisprudence de la Cour au sujet de la directive 2009/147/CE à

l'égard d'une directive différente, elle aussi relative à l'environnement²⁵⁴⁰. Le raisonnement du juge belge est mené de manière relativement évidente en ce qui concerne les deuxième et troisième conditions²⁵⁴¹, tenant respectivement à ce que l'adoption d'une nouvelle disposition ne permette pas d'éviter les effets préjudiciables de l'annulation et à ce que cette annulation entraîne la création d'un vide juridique préjudiciable à la protection de l'environnement. Il est en revanche plus subtil en ce qui concerne la première condition, tenant à ce que « *la disposition du droit national attaquée constitue une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement* ». En l'espèce, alors que l'arrêté litigieux était mis en cause pour avoir mal transposé l'article 7 de directive 2009/147CE, le Conseil d'État a néanmoins estimé, compte tenu des lâchers massifs présentant des risques sanitaires et de dilution génétique des souches régionales de perdrix grise, que l'objectif de protection des oiseaux vivant naturellement à l'état sauvage serait mieux servi par la poursuite de la saison de chasse que par l'arrêt immédiat de cette pratique qui résulterait d'une annulation.

1307. Au terme de cet examen, le juge a estimé, comme dans l'affaire *d'Oultremont*, qu'il avait atteint « *la conviction* » qu'« *aucun doute raisonnable* » n'existait « *quant à l'interprétation et à l'application des conditions* » résultant des arrêts *Inter environnement Wallonie* et *France Nature Environnement*, l'autorisant à faire application de l'article 14 *ter* pour maintenir l'arrêté litigieux jusqu'à la fin de la saison de chasse, le 30 juin 2020²⁵⁴², sans avoir à saisir la CJUE sur ce point.

1308. Perspectives de la jurisprudence administrative interne. La démarche du Conseil d'État français peut trouver un certain nombre de justifications dans le souci de veiller à la stabilité des situations juridiques et dans l'objectif d'une remise en conformité plus ou moins immédiate du droit interne par rapport au droit de l'Union²⁵⁴³. Elle peut également se réclamer du dialogue des juges et témoigner d'une volonté d'assouplissement de la jurisprudence de la CJUE. Elle demeure cependant périlleuse. En interprétant les critères qu'elle a fixés pour maintenir un acte national contraire au droit de l'Union de manière aussi libérale qu'il l'a fait

2540 David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, ed. Larcier, 2020, p. 334.

2541 La quatrième condition, tenant à ce que le maintien soit prononcé pour une durée strictement nécessaire, n'est pas véritablement examinée en tant que telle et semble implicitement vérifiée par la détermination de la durée du maintien de l'acte litigieux.

2542 Sous réserve de la chasse à la sarcelle d'hiver, cette espèce étant, à la différence de la perdrix grise, classée parmi les espèces en danger critique d'extinction.

2543 En ce sens, v. Bruno LASSERRE, « L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ? », *Rev. UE* 2019, p. 204.

dans l'arrêt *ANODE*, le juge prend le risque de méconnaître son obligation de renvoi et expose l'État à un recours en manquement. En ce sens, il semble que la Cour ait adressé un avertissement implicite au Conseil d'État français et aux juridictions nationales. Par son arrêt du 4 octobre 2018 et pour la première fois, la Cour a condamné la France pour manquement en raison de la méconnaissance, par le Conseil d'État, de l'obligation de renvoi qui lui incombe lorsqu'un doute subsiste quant à l'application du droit de l'Union²⁵⁴⁴. A cet égard, s'il n'est pas surprenant que la Cour ait fait référence aux arrêts *Cilfit* et *Ferreira da Silva e Brito* relatifs à la théorie de l'acte clair et à l'obligation pour le juge national de la saisir en cas de doute quant à l'interprétation d'un acte de l'Union, il est plus original qu'elle ait également cité sa décision *France Nature Environnement*. Par cette association, la Cour a de toute évidence entendu souligner la communauté de régime du renvoi en interprétation et du renvoi sur l'application du pouvoir de maintien des effets d'un acte annulé. Elle manifeste ainsi que le recours abusif à la modulation, notamment lorsque le juge fait usage de ce pouvoir sans l'avoir saisie à titre préalable, pourrait être sanctionné. Bien que la jurisprudence du Conseil d'État ne se soit pas orientée vers une réaffirmation des conditions fixées par la CJUE, la prise en compte de ce risque de condamnation peut être perçue dans les conclusions de certains rapporteurs publics qui, postérieurement à l'arrêt *ANODE*, ont, à juste titre, pu veiller à souligner que la modulation d'un acte contraire au droit de l'Union ne pouvait être envisagée que s'il s'agit d'une mesure de transposition correcte²⁵⁴⁵.

2544 CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c/ France*.

2545 Par ex., Guillaume ODINET, « Modulation des effets d'une déclaration d'inconventionnalité de la loi », *AJDA* 2019, p. 2316, concl. sur CE, 31 juillet 2019, n° 428530, *CIMADE et autres*.

Conclusion du Chapitre 2

1309. Le juge est avant tout le garant du principe de légalité mais, au terme d'un phénomène global de développement du pouvoir de maintien des effets d'un acte illégal, il apparaît qu'une « *nouvelle dimension de son office est à prendre en considération* »²⁵⁴⁶ : à l'occasion du contrôle qu'il effectue et à raison de ses effets, il est amené à veiller à la préservation de la stabilité des situations juridiques. La modulation de l'annulation lui permet d'éviter que le fonctionnement de la soupape de sûreté que constitue le recours ne produise un trouble social disproportionné : en contentieux administratif, ce pouvoir traduit ainsi pleinement « *la dimension collective du recours pour excès de pouvoir, dont les effets, en cas d'annulation, peuvent affecter les équilibres, non seulement juridiques, mais également économiques et sociaux* »²⁵⁴⁷.

1310. Confortée par l'essor du principe de sécurité juridique en droit interne et européen, la légitimité du juge pour exercer un tel pouvoir est aujourd'hui bien établie. S'il constitue un moindre mal que le recours à la technique de la validation législative, le maintien des effets illégaux d'un acte annulé pour des motifs tenant à la stabilité des situations n'est pourtant pas sans risque. Il apparaît, en particulier, susceptible de porter atteinte à l'unité de la légalité ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif en privant le requérant d'une part substantielle du fruit de ses efforts. À cet égard, il est nécessaire que son encadrement procédural préserve l'équilibre du procès.

1311. En amont, l'organisation par le juge d'un débat contradictoire semble essentielle à ce qu'il puisse établir le plus précisément le bilan des avantages et inconvénients du maintien de l'acte, aussi est-il hautement souhaitable que toute juridiction exerçant un tel pouvoir formalise cette exigence.

1312. En aval, la préservation de l'effet utile du recours pour les requérants et les justiciables dans les autres instances en cours se présente également comme une condition prééminente du respect du droit à un recours effectif. Il semble que les enseignements ont été tirés de la controverse suscitée par la jurisprudence de la CJCE qui, dans les années 1980, n'avait pas ménagé d'exception à la modulation en faveur des instances en cours dans l'affaire des

2546 François TULKENS, « *Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel - quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule* », *J.T.* 2012, n° 36, p. 742.

2547 Jean SIRINELLI, « *Les annulations d'application différée* », *RFDA* 2019, p. 797.

montants compensatoires monétaires. Le juge administratif a ainsi intégré ce principe dans l'équilibre de la jurisprudence *Association AC* et le Conseil constitutionnel a rapidement rallié cette position en ce qui concerne la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Alors que la jurisprudence constitutionnelle manifeste une tendance très nette à la remise en cause de l'effet utile dans les instances en cours, le Conseil d'État paraît soucieux de le préserver²⁵⁴⁸.

1313. Sur le plan formel, la motivation de la dérogation aux effets normaux de la sanction de l'illégalité apparaît particulièrement importante, tant dans un souci d'acceptabilité de la décision que dans la perspective éventuelle de son contrôle par les juridictions supérieures ou bien de sa réception par les juridictions d'un autre ordre. Étant entendu que le maintien des effets d'un acte ne paraît pas exclure que sa contrariété à une norme supérieure soit relevée par une autre juridiction dans l'exercice de ses compétences, cette exigence apparaît nécessaire à la bonne administration de la justice comme à la préservation de la sécurité juridique qu'il soit soigneusement motivé.

1314. Parallèlement à ces principes d'encadrement procédural, le pouvoir de moduler les effets de la sanction d'un acte illégal a rencontré plusieurs limites externes, constituant des contre-pouvoirs bienvenus.

1315. D'une part, il est apparu que le maintien provisoire d'un acte ne faisait pas obstacle à ce que le juge compétent l'écarte par voie d'exception, notamment afin de garantir le respect des droits fondamentaux. Pleinement justifiée du point de vue technique, cette limite à l'efficacité de la modulation renforce l'utilité des droits et libertés consacrés par les normes supérieures. Elle induit cependant une certaine insécurité juridique dans la mesure où elle prive d'effet la volonté de protéger la stabilité des situations juridiques et où elle suscite des contradictions dans l'appréciation de la validité d'un même acte par les juridictions de différents ordres. Afin d'éviter une telle situation, il paraît préférable que le juge modulateur tienne compte des limites de cette technique en veillant *a priori* à assurer l'effet utile du

2548 S'il l'a logiquement écarté lors de la modulation de l'annulation d'actes individuels, sa jurisprudence a rappelé l'obligation faite au juge administratif de réserver le cas des actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de celui dont l'annulation est modulée (v. CE, 17 décembre 2010, n° 310195, *SFIB et autres* ; CE, 15 mai 2013, n° 337689, *Fédération nationale des transports routiers*). A cet égard, alors que la quantité des instances engagées pourrait être relevée pour justifier, au nom de l'utilité de la modulation, que la réserve soit écartée, il apparaît, au contraire, souhaitable que le juge interprète ce paramètre comme un obstacle à la modulation, qui provoquerait alors une atteinte excessive au droit à un recours effectif.

recours : la perspective que l'acte maintenu puisse être écarté, compte tenu de la nature de l'illégalité qui l'affecte, devrait ainsi être prise en compte au stade du bilan sur le choix du recours à la modulation.

1316. D'autre part, le droit de l'Union européenne s'est affirmé comme un véritable obstacle à l'usage même du pouvoir de modulation. Procéduralement, il en contraint la mise en œuvre en imposant au juge national, lorsque l'acte litigieux méconnaît le droit européen, d'interroger la CJUE afin qu'elle détermine les conditions auxquelles il pourrait être maintenu. Substantiellement, les exigences de primauté et d'effectivité du droit de l'Union s'opposent à ce que le juge national puisse exercer son pouvoir afin de permettre l'application d'un acte dont le contenu viole les règles européennes. Au nom de l'autonomie du juge national dans le système de l'Union et du souci de la stabilité des situations juridiques, le Conseil d'État français a toutefois appliqué la jurisprudence *Association AC* selon des modalités plus ou moins critiquables du point de vue des exigences de la Cour. Alors que la modulation des effets de l'acte annulé est une technique contentieuse importée du droit communautaire et que son perfectionnement témoigne des bénéfices du dialogue des juges, il apparaît paradoxal que son utilisation soit la source de tensions entre les juridictions nationales et le juge de l'Union. Les modalités définies par la Cour sont en cohérence avec la structure juridictionnelle de l'Union et semblent parvenir à une conciliation théoriquement satisfaisante de ses principes fondamentaux, dont celui de la sécurité juridique. Il revient aux juridictions internes, juges de droit commun de l'Union, de s'y conformer.

Conclusion du Titre 2

1317. La sanction de l'illégalité traduit nécessairement la recherche d'un équilibre entre les exigences opposées de la stabilité des situations et de la garantie du respect des règles supérieures.

1318. La détermination de l'effet temporel normal d'une sanction, de sa portée spatiale et de l'autorité de chose jugée qui s'y attache manifestent ainsi la place allouée à la préservation des situations constituées dans le processus de rétablissement de la légalité. Le choix de l'annulation *ex tunc*, revêtue d'une autorité absolue, comme sanction des excès de pouvoir de l'administration révèle la valorisation théorique de la légalité en droit public français, mais pas une sacralisation totale. Les limites apportées par la jurisprudence au jeu de sa rétroactivité en témoignent : de la théorie classique du fonctionnaire de fait aux arrêts *Caussidéry* et *Lugan*, le juge a veillé de manière croissante à préserver certaines situations des répercussions de l'annulation, en considération des droits créés au bénéfice de tiers ou, dans une certaine mesure, de la confiance placée dans la stabilité des actes. Si elle permet la remise en cause des décisions fondées sur un acte annulé par le juge de l'excès de pouvoir, la théorie de l'annulation par voie de conséquence repose sur une même logique dès lors qu'elle n'est pas susceptible de s'appliquer aux actes définitifs.

1319. L'annulation n'est donc pas une vague qui emporte toute illégalité sur son passage, et ses effets confirment qu'elle réalise un compromis juridique et social impliquant l'acceptation de la persistance d'une certaine dose d'illégalité dans l'ordonnement juridique.

1320. En outre, elle n'a vocation à sanctionner que les illégalités constatées à l'occasion d'un recours exercé par voie d'action, dans la brève fenêtre temporelle ouverte à partir de l'accomplissement des mesures de publicité qui suivent l'adoption de l'acte. Son intensité se justifie parce qu'elle est en mesure de défaire les effets illégaux produits par l'acte – s'il n'a pas été suspendu – jusqu'à la décision de justice. En revanche, anéantir *ab initio* un acte devenu définitif, éventuellement longtemps après l'expiration du délai de forclusion du recours contentieux, rend plus complexe la remise en l'état. L'exigence de stabilité des situations justifie que la déclaration d'illégalité d'un acte par voie indirecte produise des effets plus nuancés que l'annulation, au prix d'une satisfaction moins complète de la légalité.

1321. En définitive, l'exigence de légalité ne commande pas que toute illégalité puisse, en tout temps, être mise à néant. Aussi rigoureusement essentielle qu'elle soit dans l'État de droit, elle n'est pas interprétée de manière absolue et isolée, mais conjointement avec celle de la sécurité et de la stabilité des situations. La sanction de l'illégalité doit ainsi dire le droit et défaire ce qui peut l'être au moment où elle est prononcée tout en veillant à une certaine préservation des rapports juridiques.

1322. Les effets de la sanction peuvent toutefois dériver trop loin du point d'équilibre qu'elle doit viser. La disparition rétroactive et immédiate d'un acte est parfois susceptible de porter une atteinte grave à un objectif d'intérêt général, sans qu'il soit possible d'y remédier par l'adoption d'un nouvel acte en temps utile ; elle peut également bouleverser des situations formées de bonne foi par des tiers qui, dans certaines configurations telles que celle de la censure d'un acte produisant des effets continus, ne peuvent bénéficier de la protection conférée aux décisions créatrices de droits. Dans de telles hypothèses, la prise en considération du caractère *manifestement excessif* des conséquences de la décision peut justifier que l'office du juge soit étendu jusqu'à la modulation de ses effets. L'effet temporel normal de la sanction peut être aménagé très précisément afin de préserver les intérêts publics et privés en cause, notamment en admettant que les effets produits par l'acte illégal seront regardés comme définitifs ou bien en validant son application provisoire pendant un certain délai suivant la décision.

1323. À travers cette technique, le juge paraît altérer l'équilibre juridique et social établi par les effets ordinaires de la sanction de l'illégalité. En évitant que la stabilité des situations soit totalement évincée au profit de la légalité, elle peut cependant être regardée comme la « *souape de sûreté* » du recours lui-même. À cette fin, il est nécessaire que cette technique soit employée de manière exceptionnelle ou, à tout le moins, très mesurée. Il est également indispensable que son utilisation soit systématiquement justifiée et constamment interrogée. Comme toute technique de stabilisation des actes administratifs, elle est intégrée par l'autorité publique qui est susceptible de prendre des dispositions favorisant *in fine* son utilisation. Garant du respect du droit avant tout, le juge doit être particulièrement vigilant à ce que la modulation des effets de l'annulation ne serve pas, au nom de la stabilité des situations juridiques, la cause du fait accompli.

Conclusion de la Partie II

1324. Garant du principe de légalité, le juge dispose du pouvoir d'annuler l'acte adopté en méconnaissance des règles et principes supérieurs afin qu'il disparaisse rétroactivement, à l'égard de tous. Il peut toutefois considérer que l'irrégularité qui l'entache ne présente pas un degré suffisant pour être regardée comme une *illégalité* devant faire l'objet d'une sanction. Il peut, de même, estimer que l'illégalité éventuelle de l'acte est tolérable, notamment en raison de son absence d'incidence sur le requérant qui s'en plaint. Si tel n'est pas le cas et que l'illégalité ne peut être niée ou ignorée, encore est-il possible au juge d'employer des techniques visant à la neutraliser, voire de la corriger en cours d'instance par la substitution d'un motif adéquat. Si le juge ne peut opérer lui-même une telle rectification de l'acte sans faire œuvre d'administrateur, il peut lui appartenir d'inviter son auteur à procéder à sa régularisation, par l'accomplissement d'une formalité procédurale méconnue ou l'adaptation de son contenu aux règles du droit objectif. Il n'est, d'ailleurs, pas exclu que ces règles soient elles-mêmes modifiées pour permettre à l'acte contesté de persister tel qu'il est. Enfin, si l'illégalité est incurable et la sanction inévitable, le juge est encore en mesure d'en limiter les effets si la disparition de l'acte devait provoquer des conséquences manifestement excessives.

1325. Favorables à la stabilité des actes de la puissance publique et des situations juridiques qu'ils fondent, ces nombreux enrichissements jurisprudentiels et législatifs des techniques du juge de la légalité traduisent un phénomène global de redéfinition de son office.

1326. Certains répondent à un souci de *proportionnalité de la sanction*. Alors que l'annulation rétroactive est, traditionnellement, la seule technique de censure à la disposition du juge de l'excès de pouvoir, elle a pu être considérée comme étant d'une sévérité démesurée à l'égard de certaines illégalités qui n'affectent pas le contenu de l'acte. La jurisprudence sur la modulation des effets de l'annulation en constitue l'aboutissement le plus significatif et insère le contrôle de la légalité objective dans la perspective d'une recherche plus large de proportionnalité de la décision de justice aux exigences de stabilité dans l'ordre juridique. D'autres poursuivent l'objectif de *l'utilité de la sanction*, généralement appréhendé depuis le point de vue du juge lui-même, légitimement soucieux de la qualité et de l'efficacité de la justice qu'il rend : tandis qu'une annulation éphémère pourrait donner lieu à la réitération de l'acte et à un nouveau recours, le rejet après régularisation permet de vider le litige. L'idée d'utilité est également avancée par la jurisprudence pour justifier que la légalité d'un acte soit

appréciée à la date à laquelle le juge statue et, le cas échéant, au prisme de l'injonction qui pourrait accompagner une censure.

1327. Au regard de la place dévolue à l'évitement de la sanction et au contrôle de ses effets dans son office, il apparaît finalement que le juge redoute les excès de ses propres pouvoirs. Cette « *autolimitation du juge administratif* »²⁵⁴⁹ traduit certainement une préoccupation fondée de légitimité institutionnelle. Obligé par la prérogative redoutable qui lui est conférée, il mesure la responsabilité attachée à ses propres décisions. Il convient toutefois de rappeler que les conséquences de la disparition d'un acte annulé sont, avant toute chose, les conséquences de l'adoption d'un acte illégal et que la légitimité du juge, et à plus forte raison du juge de la puissance publique, dépend également de sa capacité à répondre à la demande de justice émanant des citoyens. Sans doute celle-ci obéit-elle à une logique particulière, car juger l'administration est encore administrer. Mais ces deux missions doivent s'accomplir sous la même « *bannière* »²⁵⁵⁰ : celle de l'État de droit.

2549 Olga MAMOUDY, « Juger de la légalité, sanctionner l'illégalité », in *Juger de la légalité administrative*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE, pp. 244-245.

2550 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Braibant*, p. 404.

Conclusion générale

1328. La stabilité des situations juridiques trouve naturellement sa place dans le contentieux de la légalité qui, sans elle, renverrait à une idée de « *droit intégral* »²⁵⁵¹ inadaptée aux attentes sociales. À travers les règles de recevabilité, les modalités d'examen des irrégularités des actes ou les principes déterminant les conséquences de l'annulation, elle en inspire l'équilibre procédural. Si celui-ci a une vocation certaine à la stabilité, il ne saurait toutefois être réglé définitivement et s'avère susceptible de varier au gré de l'évolution des conceptions des nécessités de l'ordre juridique.

1329. Au terme de cette étude, la valorisation de l'exigence de stabilité dans le contentieux de la légalité est non seulement confirmée mais se présente comme une tendance durable et très influente du droit public et de la jurisprudence administrative en particulier. Les évolutions significatives qu'elle a suscitées n'ont toutefois pu être accomplies sans entraîner la révision des équilibres propres au contentieux de la légalité et de ceux auxquels cette activité contribue.

1330. Ainsi, alors que le recours pour excès de pouvoir était traditionnellement conçu comme une voie de droit largement ouverte en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État, qualifiée de libérale, le souci de la stabilité des situations s'est traduit par une politique de restriction de l'accès au prétoire. Dans les domaines dans lesquels les actes de l'administration mettent en jeu des droits subjectifs, tels que le contentieux des autorisations d'urbanisme ou celui des contrats administratifs, l'intérêt à agir a été employé comme une technique de rationalisation pour exiger un lien plus tangible entre l'acte litigieux et celui qui s'en plaint. Cette régulation de l'exercice du droit au recours apparaît louable dans la mesure où elle protège mieux les intérêts, souvent légitimes, des bénéficiaires des décisions créatrices de droit ou des cocontractants de l'administration, qui peuvent être étrangers aux irrégularités de l'acte. L'exigence d'un degré renforcé de personnalisation ou les critères d'appréciation dans le temps de l'existence de l'intérêt invoqué présentent toutefois l'inconvénient de situer ces contentieux – qui portent sur la régularité de l'action administrative – dans une perspective plus étroite de confrontation d'intérêts individuels qui occulte la dimension collective de la légalité, laquelle pouvait bénéficier de l'action des personnes morales.

2551 Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mel. Guy Braibant*, 1996, p. 404.

1331. De façon plus transversale, la stabilité des situations juridiques a justifié la prise en compte de l'écoulement du temps dans des configurations où le contrôle de légalité pouvait, jusqu'alors, être effectué à toute époque. D'une part, la décision *CFDT Finances* a consacré l'inopérance des vices de forme et de procédure dans le contexte du contrôle incident de la légalité des actes réglementaires. Sans doute d'une portée symbolique supérieure à ses implications pratiques, cette solution souligne tout de même à quel point le pragmatisme du juge administratif diminue son attention aux exigences de forme et de procédure et aux garanties qu'elles peuvent représenter. D'autre part, la jurisprudence *Czabaj* et ses nombreux développements ont, quant à eux, mis fin à la recevabilité perpétuelle du recours pour excès de pouvoir contre les actes non réglementaires dont les voies et délais de recours n'avaient pas été régulièrement notifiés aux personnes intéressées. Au-delà des conséquences très importantes que cette évolution jurisprudentielle a emportées sur le plan de l'appréciation de la recevabilité des requêtes, elle manifeste chez le Conseil d'État un degré particulièrement élevé de valorisation de la stabilité des situations juridiques sur d'autres exigences, au même titre qu'une profonde désacralisation de la légalité.

1332. L'objectif de la stabilité des situations juridiques est également à l'origine d'une refonte de l'office du juge de la légalité qui, s'il était historiquement le plus limité, est désormais caractérisé par une grande richesse.

1333. La volonté prétorienne d'éviter les sanctions perçues comme inutiles eu égard à la possibilité de réfection d'un acte identique ou comme néfastes pour l'intérêt général a inspiré des techniques bien connues et pratiquées de longue date, telles que la neutralisation des motifs illégaux, la substitution de base légale ou la tolérance des irrégularités procédurales non substantielles. Cette dimension s'est renforcée sous l'influence de la jurisprudence du Conseil d'État qui, tenant compte des implications du pouvoir d'injonction conféré au juge administratif, s'est attaché à mieux articuler l'intervention des juges de l'annulation et de l'exécution : cette préoccupation a notamment favorisé la banalisation de la technique de la substitution de motifs et l'expérimentation de techniques d'annulation conditionnelle au cours des années 2000. La tendance à l'évitement de la sanction a été encouragée par le législateur, en particulier dans le domaine de l'urbanisme et de l'environnement, où les dispositifs textuels de régularisation en cours de procédure juridictionnelle et post-instance se sont multipliés. L'observation du droit administratif belge a permis de percevoir dans cette orientation un mouvement global de redéfinition contemporaine du rôle du juge de la légalité, appelé à

dépasser sa fonction initiale de censeur négatif afin de résoudre plus *efficacement et utilement* la situation litigieuse dont l'acte déféré à son contrôle constitue le point de gravité. Sous ce prisme, cette évolution des méthodes du rétablissement de la légalité, obtenu positivement et sans recourir à un procédé de sanction destructrice, apparaît assurément plus avantageuse. Elle présente toutefois des risques auxquels le législateur et, en particulier, le juge doivent être attentifs, notamment celui de diluer la notion de légalité en ajoutant en son sein une distinction – mieux appréhendée mais encore trouble – entre les vices régularisables et ceux qui ne le sont pas. En outre, elle paraît susceptible de faire dépendre, dans une mesure plus significative que par le passé, le respect de la légalité de l'action des requérants, alors que la politique de fermeture du prétoire restreint l'accès au juge et que le rapport des bénéfices et risques que comporte leur action a évolué défavorablement.

1334. Enfin, et sans constituer un paradoxe, l'exigence de stabilité irrigue la théorie de la sanction des illégalités. Il revient en effet au juge de veiller à sa prise en compte au moment du rétablissement de la légalité et la détermination des effets de l'annulation au sein de l'ordre juridique en témoigne : s'il est nécessaire, faut-il le rappeler, que l'acte illégal soit réputé n'être jamais intervenu et que ses conséquences soient effacées rétroactivement, il est tout aussi justifié que les décisions créatrices de droits subséquentes qu'il a pu fonder ne soient plus remises en cause une fois devenues définitives. Cet équilibre institué par la jurisprudence entre l'effectivité du rétablissement de la légalité et la stabilité des situations pouvait toutefois être malmené dans certaines hypothèses où les conséquences pratiques d'une annulation paraissaient de nature à susciter un grave trouble social. Des considérations de proportionnalité de la sanction et de ses effets ont ainsi fondé la consécration du pouvoir de modulation des effets de l'annulation. La banalisation de cette technique, dont le Conseil d'État a reconnu qu'elle n'était pas exceptionnelle et pouvait être mise en œuvre en tant que de besoin, permet de préserver la stabilité des situations des conséquences éventuellement excessives de la rétroactivité et de l'immédiateté de l'annulation sans requérir l'intervention du législateur tout en assurant une certaine prise en compte du droit au recours. Il reste que son utilisation rencontre certaines limites, en particulier dans les domaines des droits fondamentaux et du droit de l'Union européenne, dont il est nécessaire que le juge tienne compte pour résoudre la tension entre stabilité et légalité conformément aux exigences de l'État de droit.

1335. Si la modulation s'inscrit encore dans la perspective d'une annulation et s'analyse dès lors comme un prolongement de l'office naturel du juge de l'excès de pouvoir, des évolutions récentes ont abouti à la consécration d'un pouvoir inédit d'abroger les actes devenus illégaux du fait d'un changement de circonstances. Cette nouvelle modalité de la sanction juridictionnelle des illégalités, justifiée par la notion d'*utilité* et par une conception *dynamique* des exigences de la légalité, contribue à une véritable redéfinition de l'office du juge qui, dans le procès fait à l'acte, est désormais pleinement attentif à l'adéquation et à la proportionnalité de la peine à l'infraction.

1336. Obtenue au prix de restrictions de l'accès au juge, d'un affaiblissement des exigences de la légalité et même d'une diminution de la valeur de ce principe aux yeux de son garant, la stabilité des situations juridiques semble avoir été chèrement acquise. Faut-il le déplorer et regretter avec nostalgie le « moment 1900 » et l'époque à laquelle le Conseil d'État assignait au recours pour excès de pouvoir la finalité de garantir le « *respect de la légalité* »²⁵⁵² ? Il faut garder à l'esprit qu'en ces temps, son contrôle était moins profond, moins étendu, et ses décisions moins efficaces qu'elles ne le sont aujourd'hui. La place donnée à la stabilité des situations juridiques pourrait ainsi correspondre aux exigences modernes du contentieux de la légalité, confronté à un droit plus complexe et à des exigences à la fois plus nombreuses et plus diffuses. Sous les réserves qui ont été formulées, il faut aussi reconnaître que bon nombre des solutions qui ont été étudiées s'inscrivent dans la quête aussi légitime que difficile du perfectionnement de l'équilibre des droits et intérêts publics et privés : sans doute est-il raisonnable qu'un acte non réglementaire ne puisse pas être contesté éternellement ; sans doute est-il plus utile que le juge résolve une fois pour toutes les litiges afférents aux autorisations d'urbanisme en permettant la régularisation plutôt qu'à l'issue de procédures contentieuses successives ; sans doute est-il plus efficace que la sanction des illégalités se concentre sur les vices qui lèsent effectivement les requérants ou qui portent encore, au moment du contrôle juridictionnel, une atteinte à l'ordre juridique. Nul doute, en tout cas, que les nouveaux équilibres aspirent à une conciliation optimale des impératifs pragmatiques de fonctionnement de l'administration et des idées-phares du droit public. La critique est aisée mais l'art difficile : l'art juridique, *ars boni et aequi*, n'y échappe pas.

1337. Il reste que, par la collation de ces solutions particulières qui exercent entre elles des effets d'entraînement très puissants, une nouvelle orientation est donnée au contentieux de la

2552 CE, ass., 17 février 1950, n° 86949, *Dame Lamotte*.

légalité, qui semble perdre de vue le projet vertueux de soumission de l'administration au droit au profit de l'objectif de stabilité. Face à cette perspective, un appel à la prudence peut être formulé en s'inspirant d'une citation d'Alexander Hamilton qui, pour traiter de la notion de sécurité dans son sens générique, n'en est pas moins applicable à l'idée de sécurité juridique :

« Safety from external danger is the most powerful director of national conduct. Even the ardent love of liberty will, after a time, give way to its dictates. The violent destruction of life and property incident to war, the continual effort and alarm attendant on a state of continual danger, will compel nations the most attached to liberty to resort for repose and security to institutions which have a tendency to destroy their civil and political rights. To be more safe, they at length become willing to run the risk of being less free. »²⁵⁵³

1338. Il est en effet à craindre que chaque concession faite à la stabilité des situations au détriment de la légalité dans l'objectif d'un rééquilibrage du contentieux de la légalité en altère très durablement l'économie. Faudrait-il alors veiller à sa propre stabilité ?

2553 Alexander HAMILTON, « The Consequences of Hostilities Between the States », *The Federalist Papers* n° 8 – *The New York Packet*, 20 novembre 1787, accessible sur le site internet du Congrès des Etats-Unis (<https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text#TheFederalistPapers-8>). La citation peut être librement traduite dans les termes suivants : « La sécurité à l'égard des menaces extérieures est le plus puissant guide de la conduite nationale. Même la passion de la liberté finira, après un temps, par céder à ses exigences. La destruction violente de la vie et de la propriété causée par la guerre, l'effort perpétuel et l'état de vigilance requis par un état de danger perpétuel pousseront les nations les plus attachées à la liberté à s'en remettre, pour leur tranquillité et leur sécurité, à des institutions qui ont une tendance à détruire leurs droits civils et politiques. Afin d'être en plus grande sécurité, elles finissent par accepter de courir le risque d'être moins libres ».

Bibliographie

Ouvrages, monographies et thèses

- Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1869.
- Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, LGDJ, 1971.
- Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, 1997, accessible en ligne sur revuegeneraledudroit.eu
- David BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002.
- Sadok BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974
- Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003.
- Florent BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, PUAM, 2010.
- Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif (GACA)*, Dalloz, 8^e ed.
- Roger BONNARD, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e ed., 1943.
- Déborah BOUSSEMART, *La sécurisation des permis de construire contre les recours abusifs*, thèse dact., Univ. Paris Descartes, 2015.
- Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, 4^e ed., LGDJ, Manuel.
- François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF.
- Guy BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Amphithéâtre, 1988.
- Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001.
- Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, PUF, Quadrige, 2004.
- Raymond CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, ed. Economica, 1984.
- Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, LGDJ, 2002.
- Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.
- René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Domat, Montchrestien, 13^e ed., 2008.
- René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Domat, Montchrestien, 15^e ed., 2001.
- Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, LGDJ, Clefs, 6^e ed., 2017.
- Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Droit et société, 5^e ed., 2017.
- Damien CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012.
- Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000.
- Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

Brahim DALIL, *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse dact. 2015, Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense.

Jean DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse Paris, 1941.

Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 2021.

Luc DONNAY, Paul LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Larcier, 2017.

Stéphanie DOUTEAUD, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse Pau, 2017.

Charles-André DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, Puf, 2018

Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 7^e, tome 2, Paris, 1897, consultable sur Gallica BNF.

Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, accessible sur Revue générale du droit on line, 2015, numéro 17429 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=17429).

Maurice DUVERGER, *Les constitutions de la France*, Puf, Que sais-je ?, 2004.

Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, 2003.

Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Domat, Montchrestien, 12^e ed.

Charles FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Dalloz, 2015.

Michel FROMONT, *Droit administratif des États européens*, PUF, 2006.

Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007.

Jean GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse dact., Université de Pau, 1996

William GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, thèse dact. Paris II, 2019, p. 18 ; Dalloz, LGDJ 2021.

Hélène HARDY, *Le principe de sécurité juridique au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse dact., Université de Montpellier, 2019.

Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 8^e édition, 1914.

Hélène HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, Cours, 3^e ed., 2022.

Jean-Jacques ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, LGDJ, 1981.

Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 1925, réed. Dalloz, 2005.

Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1 et 2, 2^e ed., 1896, consultable sur Gallica BNF et www.revuegeneraledudroit.eu .

Olivier LE BOT, *Contentieux administratif*, Bruylant, Paradigme, 5^e ed.

Wendy LELLIG, *L'office du juge administratif de la légalité*, thèse dact. Montpellier, 2015.

Koen LENAERTS, Ignace MASELIS, Kathleen GUTMAN, *EU Procedural law*, Oxford University Press, 2014.

Hélène LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le le plein contentieux objectif*, LGDJ 2011.

Paul LEWALLE, *L'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, thèse, Liège, 1975.

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e ed.

Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 13^e ed.

Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dact., Paris I, 2013.

Bertrand MATHIEU, *La loi*, Dalloz, 3^e édition, Connaissance du droit.

Flavien MARIATTE, Dominique RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne*, vol. 1, Lamy, Axe Droit, 2011.

Otto MAYER, *Droit administratif allemand*, accessible sur Revue générale du droit on line, 2020, numéro 50557 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=50557).

Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif*, LGDJ, 2001.

Ioannis MICHALIS, *L'intérêt à agir dans le contentieux de l'annulation des actes administratifs – Etude comparée des droits français et allemand*, Mare & Martin, Bibl. Thèses 2022.

Raymond MUZELLEC, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs en droit français*, thèse Rennes, 1971.

François OST, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, 6^e ed.

Alexandre PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2019.

Michel PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Larcier, 2017.

Jacques PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ 2002.

Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2^e ed.

Liliane PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des communautés européennes et leurs effets*, Bruylant, 1975.

Marie PROKOPIAK, *L'amélioration de la qualité rédactionnelle des textes législatifs, Approche comparée droit français – droit de l'Union européenne*, thèse Université de Limoges, 2015.

Philippe RAIMBAULT, *Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009.

David RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, LGDJ – Bruylant, 2003.

David RENDERS, Benoît GORS, *Le Conseil d'État*, ed. Larcier, 2020.

David RENDERS, *Droit administratif général*, Bruylant, 4^e ed., 2022.

Laurent RICHER, François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Manuel, 10^e ed.

Paul ROUBIER, *Le droit transitoire*, 1960, réed. Dalloz 2008.

Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, réed. Dalloz, 2005.

Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, Praxis, 18^e ed.

Pierre SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964.

Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, 2^e ed.

Bertrand SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse dact. Paris II, 1995.

Bertrand SEILLER, Mattias GUYOMAR, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 3^e ed.

Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005.

Georges VANDERSADEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Pratique du contentieux européen, 2011.

Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 7^e ed.

Sean VAN RAEPENBUSCH, *Les recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Pratique du contentieux européen, 2012.

François VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004 ; accessible en ligne sur <http://books.openedition.org/iheid/1195>.

Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, A. Marescq, 1877.

Constantin YANNAKOPOULOS, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, LGDJ, 1997.

Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Jouve, 1952.

Prosper WEIL, Dominique POUYAUD, *Le droit administratif*, PUF, Que sais-je ?, ed. 2017.

Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991.

Jérémy VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance – Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2014.

Articles

Yann AGUILA, « Le traitement contentieux des vices de procédure en droit administratif français » in *Droit comparé de la procédure administrative*, dir. Jean-Bernard AUBY, av. Thomas PERROUD, Bruylant, 2016 p. 877.

Soraya AMRANI MEKKI, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – quelques réflexions procédurales », *RTD Civ.* 2005, p. 293.

Gabriel ARDANT, « La double origine du formalisme », *La Revue Administrative*, 1952, n° 29, p. 499.

Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, « Rétroactivité de l'annulation dans l'ordre administratif », in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, dir. Bertrand SEILLER, Economica, 2007, p. 53.

Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », *NCCC* 2008 n°24.

Christian ATIAS, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Sur les revirements de jurisprudence », *RTD Civ.* 2005, p. 298.

Jean-Luc AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ! », *RTD Civ.* 2005, p. 300.

Jean-Bernard AUBY, « La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme », *RFDA* 1995, p. 25.

Jean-Marie AUBY, « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA* 1967, p. 131.

Jean-Marie AUBY, Michel FROMONT, rapport final, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la CEE*, Collection études de la Commission des communautés européennes, série concurrence – rapprochement des législations p. 49.

Patrick AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDP* 1985, p. 54.

Loïc AZOULAI, Laure CLEMENT-WILZ, « Le principe de légalité », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 555.

Audrey BACHERT, « La régularisation des actes administratifs », *RDP* 2019, n° 1, p. 4.

David BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA* 2003, n° 24, p. 6.

David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004, p. 1626.

Nicolas BALAT, « Forclusion et prescription », *RTD Civ* 2016, p. 751.

Denis BARANGER, « Utilitarisme (Utilitarisme classique et droit) », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

Vanessa BARBE, « L'extension progressive des pouvoirs du juge ordinaire, juge constitutionnel », *AJDA* 2015, p. 1043.

Cécile BARROIS DE SARIGNY, « Les contours de la jurisprudence *Czabaj* après trois années d'application », *DA* 2020, n° 1, ét. 1.

Ana BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

Denys de BECHILLON, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA* 2018, p. 662.

Alain BENABENT, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses universitaires de Toulouse Capitole, 1996, p. 124.

François BENCHENDIKH, « L'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme : une « modernisation » contestable », *AJDA* 2009, p. 1588.

Georges BERLIA, « Le vice de forme », *RDP* 1940, p. 377.

Aurélien BERNARD, « La jurisprudence *Czabaj* ne résout pas tout », *AJDA* 2019, p. 2051.

Véronique BERTILLE, « L'intérêt pour agir des parlementaires devant le juge administratif », *RFDC* 2006, p. 825.

Brunessen BERTRAND, Jean SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 564.

Julien BETAILLE, « Le paradoxe du droit d'accès à la justice en matière d'environnement », in *Le droit d'accès à la justice environnementale*, LGDJ, 2016, p. 17.

Anne-Charlène BEZZINA, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA* 2014, p. 735.

Philippe BILLET, « ALUR et contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2014, n° 37, 2264.

Étienne BLANC, « L'obligation légale d'abroger les règlements illégaux ou devenus sans objet », *AJDA* 2008, p. 399.

Céline BLOUD-REY, « Standard » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

Sophie BOISSARD, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Cah. Cons. Const.* 2001, n° 11.

Thomas BOMBOIS, « L'administration, « juge » de la légalité communautaire – Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg », *JT* 2009, p. 169.

Jean-Claude BONICHOT, « Le point de vue d'un juge de l'Union », *AJDA* 2013, p. 396.

Henri BOUILLON, « Pour une subjectivisation de l'annulation partielle des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2017, p. 217.

Henri BOUILLON, « La régularisation d'un acte administratif après annulation conditionnelle : une technique en gestation », *AJDA* 2018, p. 142.

Didier BOUTET, « Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité », *RDP* 1990, p. 1739.

Fernand BOUYSSOU, « Commentaire de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction », *AJDA* 1994, p. 208.

Fernand BOUYSSOU, « La sécurisation des autorisations d'urbanisme – Du terrorisme contentieux à l'absolution automatique ? », *AJDA* 2006, p. 1268.

Guy BRAIBANT, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE* 1961, p. 53.

François-Xavier BRECHOT, « Comment sortir du labyrinthe ? Le recours du tiers contre l'acte de régularisation d'un document d'urbanisme », *AJDA* 2021, p. 871.

Emmanuel BREEN, « Réguler ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *Jcp A* 2005, n° 28.

François BRENET, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », *Jcp A* 2012, n° 38-39, étude 2313.

Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino », *AJDA* 2014, p. 222.

Aurélie BRETONNEAU, Jean LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », *AJDA* 2014, p. 1035.

Aurélie BRETONNEAU, « L'incompétence négative, « faux amis » du juge administratif ? », *NCCC* 2015, n° 46, p. 21.

Aurélie BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », *RFDA* 2018, p. 649.

Emmanuelle BRIBOSIA, Isabelle RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. Dr. ULB.*, 2002-2, vol. 26, p. 133.

Sara BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP* 2011, p. 1189.

Camille BROUELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA* 2004, n° 3, chron. 6.

Camille BROUELLE, « L'impact du vice de procédure sur la légalité de l'acte administratif », *Jcp A* 2012, n° 13, 2089.

Sylvia BRUNET, « La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne », *Titre VII* 2020, n° 5.

Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Arch. Phil. Droit* 1939, p. 24.

Sylvia CALMES-BRUNET, « De la protection constitutionnelle de l'intérêt public général à celle des attentes légitimes des personnes ? », *Mel. Didier Truchet*, p. 55.

Elise CARPENTIER, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir en matière d'autorisations d'urbanisme ? », *RDP* 2015, p. 605.

Elise CARPENTIER, « To do or not to do... – Le juge peut-il enjoindre de délivrer une autorisation d'urbanisme en conséquence de l'annulation de son refus ? », *AJDA* 2018, p. 484.

Hervé CASSAGNABERE, « Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps », *NCCC* 2017, n° 54.

Hervé CASSARA, Nacima BELKACEM, Christophe POULY, table ronde « L'instrumentalisation de l'intérêt à agir devant les juridictions administratives », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 161.

Paul CASSIA, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire », *AJDA* 2005, p. 1025.

Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, p. 1190.

Paul CASSIA, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », *RFDA* 2012, p. 296.

Aurore CATHERINE, « Les conséquences de la redéfinition restrictive de l'intérêt à agir en matière d'urbanisme », *Construction-Urbanisme*, 2016, n° 9, étude 11.

Caroline CHAMARD-HEIM, « Le rôle des formes et procédures dans l'adoption des budgets publics », *AJDA* 2010, p. 547.

Caroline CHAMARD-HEIM, Cédric MEURANT, Christophe TESTARD, Elise UNTERMAIKER-KERLEO, « Claude Danthony, un justiciable initié », *AJDA* 2021, p. 2001.

Maxime CHARITE, « Vivante, notre étoile brille toujours – à propos du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes réglementaires », *AJDA* 2016, p. 1334.

Patrick CHARLOT, « L'actualité de la notion de qualité donnant intérêt à agir », *RFDA* 1996, p. 481.

Emilie CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *Jcp A* 2012, n° 50, étude 2392.

François CHEVALLIER, « La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes », *AJDA* 1981, p. 331.

Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA* 1972, p. 67.

Antoine CLAEYS, « L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal », *DA* 2009, n° 10, étude 17.

Laure CLEMENT-WILZ, « L'office du juge interne pour moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Réflexions sur l'arrêt Association France Nature Environnement du Conseil d'Etat français », *European Papers* 2017, vol. 2, n° 1, p. 259.

Jean-Louis CLERGERIE, « L'élargissement des possibilités de recours ouverts aux particuliers en matière d'annulation », *D.* 2002, p. 2755.

Philippe COENRAETS, « La notion d'intérêt à agir devant le Conseil d'État: un difficile équilibre entre l'accès au prétoire et la prohibition de l'action populaire », in *Le Conseil d'Etat de Belgique – Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 368.

Damien CONNIL, « *Czabaj*, encore et toujours... ou presque », *AJDA* 2018, p. 1790.

Michel-Pierre CORBEL, « L'annulation partielle des actes administratifs », *AJDA* 1972, p. 146.

Delphine COSTA, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA* 2002, p. 139.

Delphine COSTA, « Cartographie des concepts juridiques liés au temps », in *AFDA, Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 1.

Xavier COUTON, « Intérêt à agir : quand la qualité de voisin ne suffit pas », *Construction – Urbanisme* 2018, n° 10, comm. 139.

Laurent COUTRON, « Mise en lumière de l'obligation pesant sur les institutions de l'Union de ne pas appliquer un acte illégal : « tout vient à point à qui sait attendre » ! », *RTD Eur.* 2012, p. 601.

Florence CROUZATIER-DURAND, « Le pouvoir normatif du juge administratif », *AJDA* 2008 p. 1504.

Bertrand DACOSTA, « Esquisse d'une typologie des requérants en matière contractuelle », *AJDA* 2014, p. 2049.

Bertrand DACOSTA, « Regard d'un juge administratif sur l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 125.

Bertrand DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », *AJDA* 2018, p. 2000.

Stéphanie DAMAREY, « Quand le juge dicte les conséquences d'une annulation », *AJDA* 2003, p. 1008.

Vincent DAUMAS, « Les prises de position », *RFDA* 2016, p. 506.

Diane DE BELLESCIZE, « QPC et loi de 1881 : la question de la prescription trimestrielle », *Constitutions* 2012, p. 641.

Isabelle DE SILVA, « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2006 p.690.

Rémi DECOUT-PAOLINI, note sur CE, 17 mars 2017, n° 396362, *M. et Mme Malsoute*, *RDI* 2017, p. 248.

Benjamin DEFOORT, « Juger de la légalité et « effet utile » des décisions du juge », in Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis 2021, p. 233.

Bénédicte DELAUNAY, « La protection non juridictionnelle des droits publics subjectifs des administrés », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Colloque AFDA n° 4, LexisNexis Litec 2010, p. 211.

Benoît DELAUNAY, « Rapport général », in Benoit DELAUNAY (dir.), *L'acte administratif à portée générale et son contrôle*, Société de législation comparée, 2015, vol. 22, p. 22.

Hubert DELESALLE, « La place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme », *RDP* 2019, n° 6, p. 1759.

Francis DELPEREE, Anne RASSON-ROLAND, chron. « Belgique » in *AJJC* 5-1989, 1991, p. 369.

Francis DELPEREE, « Présentation de la Cour d'arbitrage », *Cah. Cons. Const.* 2002, n° 12.

Pierre DELVOLVE, « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Colloque AFDA n° 4, LexisNexis Litec 2010, p. 4.

Arthur DENIZOT, « L'immutabilité de l'instance en contentieux administratif : un principe de procédure civile acclimaté aux spécificités du procès administratif », *RFDA* 2018, p. 99.

Delphine DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 651.

Alexandre DESRAMEAUX, « L'information indirecte : une variante de la théorie de la connaissance acquise », *DA* 2009, n° 8-9, ét. 15.

Pascale DEUMIER, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *NCCC* 2015, p. 69.

Pascale DEUMIER, « Les différentes figures de la modulation de la jurisprudence », *RDP* 2016, p. 815.

Pascale DEUMIER, « L'intérêt général « impérieux » et les conflits de normes », *Mel. Truchet*, p. 159.

Mathieu DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC* 2013, n° 40, p. 63

Mathieu DISANT, « L'autorité substantielle des déclarations d'inconstitutionnalité. De l'inconstitutionnalité équivalente », *Constitutions* 2015, p. 229.

Michel DISTEL, « La notion d'opération administrative complexe », *Rev. Adm.* 1981, p. 370.

Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Le vice, mode d'emploi », *AJDA* 2012, p. 195.

Xavier DOMINO, Aurélie BRETONNEAU, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013, p. 1733.

Xavier DOMINO, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *NCCC* 2014, n° 44.

Francis DONNAT, Didier CASAS, « L'administration doit-elle pouvoir invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions ? », *AJDA* 2004, p. 436.

Francis DONNAT, « Le contrôle juridictionnel des institutions et de l'administration de l'Union », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 249.

François DORE, « Circonstances particulières au sens de la jurisprudence *Czabaj* », *AJDA* 2019, p. 1497.

Stéphanie DOUTEAUD, « Jurisprudence *Danthony* : théorie des moyens inopérants, des formalités non substantielles ou des vices non substantiels ? », *RFDA* 2018, p. 109.

Olivier DUBOS, Fabrice MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *DA* 2004, n° 8, étude 15.

Olivier DUBOS, Marie GAUTIER, « Actes communautaires d'exécution », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 187.

Théo DUCHARME, « La procédure législative et la question prioritaire de constitutionnalité : un acte manqué ? », *RDP* 2021, p. 1585.

Patrick E. DURAND, « L'annulation partielle des autorisations d'urbanisme – cinq années d'application de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme », *AJDA* 2012, p. 129.

Antoine DURUP DE BALEINE, « Intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme », note sur CAA Nantes, 24 juillet 2015, n° 14NT02367, *Commune de l'Ile de Batz*, *AJDA* 2015, p. 2095.

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Le principe de légalité », *AJDA* 1996, p. 161.

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 132.

Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La recevabilité des moyens en contentieux administratif », *AJDA* 2016, p. 479.

Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Contentieux de l'urbanisme : poursuite de la construction », *AJDA* 2016, p. 950.

Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Délai de recours : point trop n'en faut », *AJDA* 2016, p. 1629.

Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2016, p. 1859.

Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, Guillaume ODINET, « Exciper d'une nomination illégale », *AJDA* 2017, p. 517.

Samuel DYENS, « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », *AJCT* 2014, p. 375.

Damien FALLON, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA* 2017, p. 865.

Sébastien FERRARI, « L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *RDP* 2015, p. 1495.

Sébastien FERRARI, « Les critères d'identification de la situation protégée de l'imprévisibilité de la règle de droit », *RDP* 2016, p. 859.

Jean-Marc FEVRIER, « Le droit au juge à l'épreuve de l'évolution du contentieux de l'urbanisme », *Jcp A* 2019, n° 25, n° 2182.

Gabriel ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 240.

Gweltaz EVEILLARD, « La citoyenneté administrative, vecteur de nouveaux droits publics subjectifs des administrés ? », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Colloque AFDA n° 4, LexisNexis Litec 2010, p. 97.

Gweltaz EVEILLARD, « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2015, p. 2474.

Gweltaz EVEILLARD, « Sécurité juridique et droit transitoire », *RDP* 2016, p. 741.

Gweltaz EVEILLARD, « Le délai pour agir devant le juge administratif », *DA* 2016, n° 12, comm. 63.

Gweltaz EVEILLARD, « La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires », *DA* 2018, n° 10, comm. 45.

Gweltaz EVEILLARD, « Les effets de la régularisation, des effets rétroactifs ? », in Alix PERRIN (dir.), *La régularisation*, Mare & Martin, 2018, p. 57.

Yannick FAURE, Clément MALVERTI, « Le juge de l'excès de pouvoir au service du justiciable », *AJDA* 2019, p. 271.

Karine FOUCHER, « Les exigences constitutionnelles du droit d'accès au juge », *Cah. GRIDAUH* 2018, n° 32, p 99.

Marylène FOUGERES, « L'influence de la jurisprudence *Danthony* en droit de l'environnement », *Energie – Environnement – Infrastructures* mai 2016, étude 9.

Louis de FOURNOUX, « Appréciation dynamique de la légalité en excès de pouvoir : vers un juge médiateur », *RFDA* 2021, p. 1021.

Bénédicte FRANCOIS, « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », *D.* 2008, p. 2543.

Patrick FRAISSEIX, « La « subjectivisation du droit administratif », *LPA* 2004, n° 207, p. 12.

Alexis FRANK, « Le justiciable et les politiques jurisprudentielles - Les irrégularités neutralisées », *RFDA* 2019, p. 785.

Pierre-Laurent FRIER, « Panorama de contentieux administratif », *D.* 2005, p. 26.

Olivier FUCHS, « Exécution et régularisation », *Civitas Europa* 2017, n° 39, p. 99.

Yves GAUDEMET, « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'Histoire », *RDP* 2010, p. 1617.

Marie GAUTIER, François-Vivien GUIOT, « Union européenne », Benoit DELAUNAY (dir.), *L'acte administratif à portée générale et son contrôle*, Société de législation comparée, 2015, vol. 22, p. 162.

Edouard GEFFRAY, Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU, « *De minimis aliquando curat praetor* », *AJDA* 2008, p. 1316.

Edouard GEFFRAY, Sophie-Justine LIEBER, « Référé précontractuel : une bouffée d'oxygène ? », *AJDA* 2008, p. 2161.

Thibaut GEIB, Mathilde VERVYNCK, « L'autorisation environnementale unique : une modernisation du droit de l'environnement ? », *RDI* 2017, p. 264.

Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002, p. 877.

Giulia GENTILE, « Inter-Environnement Expanded : Another brick out of the wall of EU Law supremacy ? », *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, p. 321.

Stéphane GERVASONI « Intérêt et qualité pour agir : du nouveau devant les juridictions européennes ? », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 83.

David GILLIG, « La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires », *LPA* 1994, n° 104.

Camille GIRAUD, « Bilan des garanties au sens de la jurisprudence *Danthy* », *Jcp A* 2018, n° 2, 2026.

Emmanuel GLASER, « L'office du juge du contrat », *RFDA* 2010, p. 506.

Emmanuel GLASER, « 2005-2015 : 10 ans de bouleversement du droit des contrats – vers un nouvel équilibre entre légalité et sécurité juridique », *Revue Lamy Collectivités territoriales* n° 100.

Pascale GONOD, « Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères », *RFDA* 2014, p. 43.

Pascale GONOD, « La régularisation de l'acte administratif par le juge administratif », in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, Mare & Martin, 2018, p. 220.

Benoît GORS, in Hugues DUMONT, Pierre JADOUL, Bruno LOMBAERT [et. al.] *Le service public*, t.2, *Les « lois » du service public*, La Charte, 2009, p. 124.

Nathalie GRANIER-CALVET, Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, « L'intérêt à agir en contentieux administratif de l'urbanisme – entre innovations et particularismes », *Jcp A* 2017, n° 43-44, 2266.

Olivier GUIARD, « Le juge doit-il relever d'office une annulation différée ? », *AJDA* 2020, p. 1914.

Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC* 2011, n° 30.

Daniel GUTMAN, « Droit subjectif » in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

Mattias GUYOMAR, Pierre COLLIN, « Les décisions par lesquelles le Conseil d'État précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce ne annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2001, p. 1046.

Mattias GUYOMAR, « Quel est l'office du juge de l'excès de pouvoir, cent ans après l'arrêt Boussuge ? », *Jcp A* 2012, n° 38-39, 2310.

Mattias GUYOMAR, Pierre COLLIN, « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », *AJDA* 2014, p. 99

Hadi HABCHI, « Faut-il étendre la jurisprudence Association des avocats Elena France aux actes individuels non créateurs de droit ? », *AJDA* 2022, p. 1165.

Victor HAÏM, « Délai raisonnable ou déni de justice ? », *AJDA* 2022, p. 2143.

Maurice HAURIOU, « L'annulation d'office de décisions administratives ayant conféré des droits acquis », note sous CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, S. 1925, III, p. 9.

Laurence HELMLINGER, « Les réflexions du Conseil d'État sur la « justice administrative du XXI^e siècle » », *RDP* 2017, p. 1170.

Olivier HENRARD, « Recours des tiers contre le contrat : la Révolution est achevée », *DA* 2016, n° 3, alerte 21.

Patrick HOCREITERE, « Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994 », *RFDA* 1995, p. 7.

Fabien HOFFMANN, « Les conclusions reconventionnelles à caractère indemnitaire dans le contentieux de l'urbanisme », *Droit et Ville* 2015, n° 1, p. 56.

Sébastien HOURSON, « Les gorges étroites de Tarn-et-Garonne », *DA* 2017, n° 8-9, alerte 118.

Sébastien HOURSON, « Les revirements d'application immédiate », *RFDA* 2019, p. 805.

Laetitia JANICOT, « Réflexions sur une nouvelle voie entre l'annulation sèche et l'annulation différée : la définition de règles provisoires par le juge de l'excès de pouvoir », *RFDA* 2021, p. 41.

Yves JEGOUZO, « Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9 février 1994 », *RDI* 1994, p. 153.

Olivier JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA* 2004, p. 676.

Julien JORDA, « JADE, le juge administratif et les droits existants », *AJDA* 2019, p. 1031.

François JULIEN-LAFERRIERE, « Le juge n'est pas le législateur », *AJDA* 2016, p. 1769.

Fabrice JURY, « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'oeil » », *RFDA* 2019, p. 55.

Michel KAISER, Emmanuel GOURDIN, « La qualité du requérant et son intérêt au recours et au moyen », in *La justice administrative*, dir. François VISEUR et Justine PHILIPPART, *Larcier*, 2015, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, p. 62.

Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

Katarzina KMONK, « Le pouvoir normatif du juge administratif suprême à travers l'exemple de la Haute cour administrative polonaise », *RFDA* 2015 p. 1238.

Henri LABAYLE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autres moeurs ? », *RFDA* 2004, p. 663.

Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *L'État de droit, mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, p. 404.

Daniel LABETOULLE, « Le vice de procédure, parent pauvre de l'évolution du pouvoir d'appréciation du juge de l'annulation », *Mel. Jegouzo*, 2009, p. 483.

Daniel LABETOULLE, « Une nouvelle réforme du droit du contentieux de l'urbanisme », *RDI* 2013, p. 508.

Daniel LABETOULLE, « Bande à part ou éclairer ? », *AJDA* 2013, p. 1897.

David LABOUYSSE, « L'exception d'illégalité de la règle locale d'urbanisme », *Construction-Urbanisme* 2015, n° 7, étude 10, § 38.

Jean-François LACHAUME, « Le formalisme », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 133.

Jean-François LAFAIX, « La régularisation en matière contractuelle », *Contrats et marchés publics* 2017, août-septembre, étude n° 9.

Franck LAFFAILLE, « La jurisprudence *Tarn-et-Garonne* ou le tiers « sans qualité » », *AJDA* 2018, p. 1201.

Xavier LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018, p. 469.

Dominique LAGASSE, Béatrice GRIBOMONT, « Exit la boucle administrative ? », *Administration Publique* 2016, n° 3, p. 251

Marcel LALIGANT, « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP* 1971, p. 49.

Claire LANDAIS, Frédéric LENICA, « Ni capitulation ni rébellion : dialogue », *AJDA* 2007, p. 136.

Elise LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA* 2012, p. 417.

Élise LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *Jcp A* 2014, n° 47, étude 2330.

Elise LANGELIER, « Les moyens invocables devant les juges du contrat », *Revue juridique de l'Ouest* 2014-3, pp. 70-71.

Élise LANGELIER, « Particularisation, généralisation... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir », *Jcp A* 2015, n° 47, 2345.

Elise LANGELIER, Aurélie VIROT-LANDAIS, « Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés », *Jcp A* 2015, n° 30-34, étude 2245.

Caroline LANTERO, « Sécurité juridique et mutation des annulations platoniques », *AJDA* 2019, p. 1100.

Caroline LANTERO, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives – Bilan critique d'une réforme exemplaire », *RFDA* 2021, p. 639.

Caroline LANTERO « Claude Danthony, portrait d'un requérant d'habitude », *AJDA* 2022, p. 782.

Thibaut LARROUTUROU, « Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2018, p. 74.

Bruno LASSERRE, « L'eupéanisation de l'office du juge : vers un *jus commune* procédural ? », *Rev. UE* 2019, p. 204.

Mathieu LE COQ, « Annulation partielle des autorisations d'urbanisme – les réponses de la jurisprudence », *AJDA* 2014, p. 1191.

Pierre LE MIRE, « La stabilité des situations juridiques (et l'évolution de la jurisprudence relative au retrait et à l'abrogation) », *AJDA* 1980, p. 203.

Pierre LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 380.

Frédéric LENICA, Julien BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats de modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : “Never say never” », *AJDA* 2007, p. 1577.

Anne LEVADE, « Quand la foudre frappe deux fois ou comment la Cour de cassation impose son rythme à la réforme de la garde à vue ! », *Constitutions* 2011, p. 326.

Paul LEWALLE, « Le lien entre l'arrêt *Danthony* et le Conseil d'État belge », *Administration publique* 2014, n° 3, p. 360.

Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI, « Conséquences de l'annulation d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire sur la nomination de son successeur », *AJDA* 2009, p. 822.

Francis LIMBACH, « La prescription extinctive en droit allemand », *D.* 2008, p. 2535.

François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, « Référé précontractuel : le revers de la médaille », *Contrats et marchés publics* 2007, n° 1, repère 1.

Herbert MAISL, Céline WIENER, Jean-Marie WOEHLING, « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA*, 1984, p. 137.

Xavier MAGNON, « Qu'est-ce que le droit peut faire du « raisonnable » ? », in Sophie THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, L'Épilogue, 2016, p. 28.

Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, « A l'école de l'avis », *AJDA* 2021, p. 270.

Clément MALVERTI, Cyrille BEAUFILS, « Juger avec son temps », *AJDA* 2021, p. 2582.

Olga MAMOUDY, « D'AC ! à M6 en passant par *Danthony* – 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.

Olga MAMOUDY, « La jurisprudence AC ! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne », *AJDA* 2014, p. 2315.

Olga MAMOUDY, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », *AJDA* 2018, p. 1821.

Olga MAMOUDY, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

Olga MAMOUDY, « L'ouverture du recours », *RFDA* 2019, p. 669.

Olga MAMOUDY, « L'instruction : faire vite, mais à quel prix ? », *RDP* 2020, n° 1, p. 43.

Olga MAMOUDY, « Le contentieux contractuel : à propos d'un séminaire sur l'arrêt *Tropic* », *RFDA* 2020, p. 947.

Olga MAMOUDY, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Titre VII* 2020, n° 5.

Olga MAMOUDY, « Juger de la légalité, sanctionner l'illégalité », in *Juger de la légalité administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGE, LexisNexis 2021, p. 244.

Martin MANKOU, « La computation des délais de recours dans le contentieux communautaire de l'annulation », *Europe* 2007, n° 4, étude 4.

Jean-Pierre MARGUENAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD Civ.* 2011, p. 725.

Laure MARGUERY, « La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012 p. 663.

Soazic MARIE, « Recours abusifs et recours « mafieux » : la chasse est ouverte ! », *AJDA* 2013, p. 1909.

Fabien MARTIN, « La légende de l'annulation », *RFDA* 2021, p. 134.

Francesco MARTUCCI, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », revue *Titre VII* 2020, n° 5.

Bertrand MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, p. 211.

Christine MAUGÛE, Cécile BARROIS DE SARIGNY, « 2018 : une nouvelle étape de la spécificité du contentieux de l'urbanisme », *RFDA* 2019, p. 33.

Pierre MAZEAUD, « Libertés et ordre public », 2003, accessible en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel.

Fabrice MELLERAY, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », *AJDA* 2004, p. 138.

Fabrice MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA* 2005, p. 637.

Fabrice MELLERAY, « L'annulation conditionnelle d'un permis de construire », *AJDA* 2005, p. 2416.

Fabrice MELLERAY, Bernard NOYER, « L'apport au contentieux administratif de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », *D.A.* 2011, n° 8, ét. 15.

Fabrice MELLERAY, « Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *DA* 2012, n° 3, comm. 22.

Fabrice MELLERAY, « Dix ans de jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2014, p. 529.

Fabrice MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif – Le « moment 1900 » et ses suites », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, Colloque 2014 Association des juristes de contentieux public, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, p. 15 (également *AJDA* 2014, p. 1530).

Fabrice MELLERAY, « Requiem pour le vice de procédure ? », *AJDA* 2018, p. 1241

Muriel MERINO, « La demande de substitution de motifs dispensée de formalisme – un pragmatisme raisonnable ? », *AJDA* 2021, p. 1645.

Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. », *RIDC*, 1987, p. 347.

Laure MILANO, « La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité », *AJFP* 2010, p. 18.

Patrick MINDU, « Les difficultés d'exécution des décisions des tribunaux administratifs », *Revue juridique de l'Ouest* 1993-2, p. 217.

Jean-François de MONTGOLFIER, « Le contrôle de la hiérarchie des normes par le juge judiciaire : question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en matière de droits fondamentaux, rapprochement et diversité », *BICC* 2014, n° 810, p. 45.

Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Le Conseil constitutionnel et la « petite » loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme », *RDI* 1994, p. 163.

David MOREAU, « Cinq ans d'applications du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP* 2014, n° 723, étude 7, § 6.

Patrick MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247.

Henri MOTULSKI, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. Philo. Droit*, 1964, p. 215.

Marc NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *Administration Publique* 2016/3, p. 274.

Marc NIHOUL, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une « arme à construction massive » dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? - Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier. », *A. P.* 2012, p. 409.

Paul NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale », *RTD Eur.* 1994, p. 171.

Rozen NOGUELLOU, « La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : évolution des règles sur l'urbanisme commercial et fonds de commerce sur le domaine public », *DA* 2014, n° 8-9, alerte 64.

Rozen NOGUELLOU, « L'intérêt à agir et le contentieux de l'urbanisme », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 131.

Rozen NOGUELLOU, « La régularisation en droit de l'urbanisme », in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, Mare & Martin, 2018, p. 127.

Rozen NOGUELLOU, « La réforme du contentieux de l'urbanisme », *AJDA* 2019, p. 107.

Rozen NOGUELLOU, « Le contentieux de l'urbanisme », *AJDA* 2020, p. 230.

Raymond ODENT, « La procédure d'élaboration des actes administratifs en droit français », rapport présenté au colloque des Conseils d'État français et italien, 1966, accessible en ligne sur aca-europa.eu.

Guillaume ODINET, Sophie ROUSSEL, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union », *AJDA* 2017, p. 1879.

Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 151.

Ioanna PAPADAMAKI, « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP* 2017, p. 1245.

Jean-Marc PASTOR, « Le silence vaut accord : une révolution administrative à la peine », *AJDA* 2016, p. 1892.

Hélène PAULIAT, « Le formalisme des décisions administratives », *Jcp A* 2020, n° 23, 2162, p. 1.

Hélène PAULIAT, « Jusqu’où ira la jurisprudence Czabaj ? », *Jcp A* 2020, n° 49, 2319.

Hélène PAULIAT, « Czabaj, 5 ans déjà ! », *Jcp A*, 2021, n° 29, 2240.

Gustave PEISER, « Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d’État de l’illégalité d’un acte administratif par voie d’exception », *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 279.

Sébastien PELLÉ, « Réforme de la garde à vue : encore des problèmes de droit transitoire », *D.* 2019, p. 868.

Gilles PELLISSIER, « Développements récents de l’impératif de sécurité juridique », *LPA* 1998, n° 22, p. 6.

Gilles PELLISSIER, « Quatre ans d’application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l’office du juge », *RJEP* 2008, n° 656, étude 7.

Gilles PELLISSIER, « Juger de la légalité et sécurité juridique », in *Juger de la légalité en matière administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGNE (dir.), *Juger de la légalité administrative*, LexisNexis 2021, p. 193.

Alix PERRIN, « La régularisation – propos introductifs » in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, Mare & Martin 2018, p. 9.

Alix PERRIN, « Le développement du délai raisonnable », in AFDA, *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 73.

Jean-Marc PEYRICAL, « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l’annulation : étude sur la neutralisation et la substitution de motifs », *AJDA* 1996, p. 22.

Jean-Marc PETIT, « Loi ELAN du 23 novembre 2018 : le nouvel équilibre entre le droit au recours effectif et le développement de la construction », *D.* 2018, p. 2322.

Emmanuel PIWNICA « A propos de l’intérêt à agir devant la juridiction administrative », in *L’accès au juge : l’intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 40.

Sébastien PLATON, « Les interférences entre l’office du juge ordinaire et celui du Conseil constitutionnel : « malaise dans le contentieux constitutionnel » ? », *RFDA* 2012, p. 639.

Benoît PLESSIX, « Le droit administratif, droit de l’acte réglementaire », *DA* 2018, n° 7, repère 7.

Benoît PLESSIX, « Le principe de légalité en droit administratif français », *RFDA* 2022, p. 206.

Francis POLIZZI, « Va-t-on vers une restriction de l’intérêt à agir des voisins contre les autorisations d’urbanisme ? », *Jcp A* 2019, 2167.

Benjamin POUCHOUX, Thomas PERROUD, « L’idée d’un référé général de la procédure administrative préalable », *RFDA* 2021, p. 682.

Florian POULET, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *AJDA* 2016, p. 279.

Florian POULET, « Sécurité juridique et fermeture du prétoire », *AJDA* 2019, p. 1088.

Xavier PRETOT, « Théorie de la recevabilité du recours contentieux », *AJDA* 1991, p. 582.

Bernard QUIRINY, « Régularisation des actes et régularisation des situations », in *La régularisation*, dir. Alix PERRIN, Mare & Martin 2018, p. 89.

Hugues RABAULT, « Le principe de sécurité juridique retourné contre le justiciable », *LPA* 2016, n° 228, p. 7.

Rémi RADIGUET, « Restrictions des droits d'accès au juge par la procédure administrative contentieuse en droit de l'urbanisme », *Jcp A* 2019, n° 25, ét. 2183.

Jean RAYMOND, « La publication de l'acte administratif, point de départ du délai du recours contentieux ouvert à son encontre ? », *Jcp A* 2008, n° 49-50, étude 2278.

Lucien RAPP, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publics*, 2008, 7.

Olivier RENAUDIE, « Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective », *Revue générale du droit, Études et réflexions*, 2020.

David RENDERS, « Le maintien des effets d'un règlement annulé par le Conseil d'État et le respect des droits fondamentaux », *J.T.* 2002, p. 762.

David RENDERS, « L'autorité administrative doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle ? », *J.T.* 2008, p. 555.

David RENDERS, « L'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État face à l'article 159 de la Constitution », *J.T.* 2010, p. 178.

David RENDERS, Benoît GORS, « Considérations sur l'abrogation de l'acte réglementaire », in *Le temps et le droit : hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruylant, 2013, p. 501.

David RENDERS, « La boucle administrative ne serait-elle pas bouclée ? », *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2014, n° 25, p. 1201.

David RENDERS, Emmanuelle GONTHIER, « Pour un renforcement du degré de protection juridictionnelle de l'évaluation des incidences sur l'environnement » in *L'environnement, le droit et le magistrat, Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Larcier, 2021, p. 501.

David RENDERS, « Jusqu'où l'article 159 de la Constitution est-il en mesure de s'opposer à la modulation dans le temps des effets d'un acte annulé par le Conseil d'État ? », *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 2022.

Michaël REVERT, « La recevabilité de l'exception d'illégalité des documents d'urbanisme à l'épreuve du droit spécial de l'article L. 600-1 », *RDI* 2019, p. 181.

Dominique RITLENG, « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », in Laurent COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, p. 209.

Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, p. 37.

Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 15.

Jean RIVERO, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 701.

Jean RIVERO, « L'administré et le droit administratif », *AJDA* 1995, p. 147.

Jimmy ROBBE « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. Etat des lieux, perspectives », *RFDA* 2016, p. 913.

Jimmy ROBBE, « De l'intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne », *RFDA* 2018, p. 85.

Frédéric ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne », *RDP* 2014, p. 1198.

Frédéric ROLIN, « La régularisation des documents d'urbanisme la demande du juge », *AJDA* 2017, p. 25.

Géraldine ROSOUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *NCCC* 2013, n° 41, p. 212.

Marie ROTA, « Vers la disparition des vices de forme ? », *RDP* 2015, n° 3, p. 641.

Jean-Charles ROTOULLIE, « Sécurité juridique et tolérance des illégalités », *AJDA* 2019, p. 1094.

Marie-Christine ROUAULT, « Le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'un recours juridictionnel soit formé au-delà d'un délai raisonnable », *AJCT* 2016, p. 572.

Sophie ROUSSEL, Charline NICOLAS, « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *ADJA* 2018, p. 1206.

Frédéric ROUVIERE, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD Civ* 2017, p. 529.

Christophe ROUX, « Danthony, cinq ans après », *DA* 2016, n° 12, alerte 138.

Gilles ROUX, « La notion de personnes « intéressées » au sens de la jurisprudence *Danthony* », *AJDA* 2017, p. 1649

Matthias RUFFERT, « Les droits publics subjectifs dans l'Allemagne contemporaine », in *AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis Litec 2010, p. 150.

Pierre-Yves SAGNIER, « Restriction objective et restriction subjective des moyens invocables », *AJDA* 2016, p. 1378.

Pierre-Yves SAGNIER, « Léon Aucoc, le juge administratif et les recours », *RFDA* 2018, p. 602.

Johanne SAISON-DEMARS « L'office du juge administratif face au temps - A la recherche du temps perdu... le temps retrouvé », *D.A.* 2012, n° 2, ét. 4

Pierre SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Dr. Soc.* 2005, p. 123.

Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, « Du maintien des effets dans le temps d'une loi de prolongation de production d'électricité nucléaire en raison d'une menace réelle et grave pour la sécurité de l'approvisionnement en Belgique, au détriment de l'obligation européenne d'évaluation environnementale », *RTD Eur.* 2021, p. 106.

Jean-Marc SAUVE, « Le juge administratif face au défi de l'efficacité », *RFDA* 2012, p. 613.

Jean-Marc SAUVE, « Un corridor de Vasari au Palais-Royal – Autoportraits du juge en son office », *AJDA* 2013, p. 1669.

Jean-Marc SAUVE, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », intervention au Congrès du 25^e anniversaire de l'Académie de droit européen à Trèves le 19 octobre 2017, accessible sur le site du Conseil d'État (rubrique Actualités, sous-rubrique Discours et interventions).

Jürgen SCHWARZE, « Les sources et principes du droit administratif européen », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 469.

Denys SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges ? », *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, p. 664.

Denys SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », in *Repenser le droit transitoire*, dir. Guillaume DRAGO, Didier LE PRADO, Bertrand SEILLER et Philippe THERY, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 95.

Bertrand SEILLER, « L'autorité absolue conférée – un peu vite ? - aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs », *AJDA* 2002, p. 542.

Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963.

Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *AJDA* 2005, p. 2384.

Bertrand SEILLER, « La simplification est en marche... arrière », *AJDA* 2014, p. 1681.

Bertrand SEILLER, « L'intérêt général et l'exercice des pouvoirs juridictionnels », *Mel. Didier Truchet*, 2015, p. 597.

Bertrand SEILLER, « La sortie de vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016, p. 58.

Bertrand SEILLER, « Sécurité juridique et office du juge administratif », *RDP* 2016, n° 3, p. 765.

Bertrand SEILLER, « Assez d'AC ! », *AJDA* 2018, p. 937.

Bertrand SEILLER, « Le droit à l'erreur : pour qui ? », *AJDA* 2018, p. 1465.

Bertrand SEILLER, « Les décisions régularisées », *RFDA* 2019, p. 791.

Bertrand SEILLER, « Juger de la légalité et distinction entre légalité interne et légalité externe », in *Juger de la légalité administrative – Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, dir. Benjamin DEFOORT et Benjamin LAVERGE, LexisNexis 2021, p. 60.

Laurent SEUROT, « Le raccourcissement des prescriptions », in AFDA, *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 29.

Pierre SOLER-COUTEAUX, « Sur les moyens susceptibles d'être articulés au soutien de conclusions d'annulation d'un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale », *RDI* 2017, p. 163.

Dominique SOULAS DE RUSSEL, Philippe RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* 2003, n° 55, p. 95

Jean SIRINELLI, « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), av. Emilie CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, 2^e ed., Bruylant, p. 1244.

Jean SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

Jean SIRINELLI, « Les annulations d'application différée », *RFDA* 2019, p. 797.

Jacques-Henri STAHL, Didier CHAUVAUX, « Régime du référé précontractuel », *AJDA* 1995, p. 888.

Jacques-Henri STAHL, Anne COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse - Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA* 2004, p. 438.

Jacques-Henri STAHL, « An I ap. AC ! : Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC !* », *RJEP* 2005, n° 624, chron. 100063.

Jean-Maternelle STAUB, « L'annulation partielle du permis de construire », *D.A.* 2014, n° 2, comm. 16.

Catherine TEITGEN-COLLY, « Avant-propos » in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 4.

François TERRE, « Une pyramide », *Droits* 1990, n° 11, p. 63.

Fabien TESSON, « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif – vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *DA* 2017, n° 12, étude 17.

Christophe TESTARD, « L'imprescriptibilité », in AFDA, *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 235.

Sophie THERON, « Au-delà du droit administratif, en droit administratif : quelles références ? Quelles significations ? », in Sophie THERON (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, L'Épilogue, 2016 p. 13.

Philippe THERY, « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : la Cour de cassation demeure et ne se rend pas.. », *RTD Civ.* 2010, p. 810.

Renaud THIELE, « Annulations partielles et annulations conditionnelles », *AJDA* 2015, p. 1357.

Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Le contrat administratif de nouveau ouvert aux « tiers intéressés » : le recours « Tarn-et-Garonne » », *Jcp A* 2014, n° 15, act. 325.

Frédéric TRAIN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français en matière de droit transitoire », *AJDA* 2010, p. 1305.

Jérôme TREMEAU, « La régulation de l'accès au prétoire : la redéfinition de l'intérêt à agir », *AJDA* 2013, p. 1901.

François TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel - quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.* 2012, n° 36, p. 742.

Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de Marckx : pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges offerts à Paul Tavernier*, Bruylant, 2002, p. 1089.

Élise UNTERMAIER-KERLEO, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA* 2013, p. 285.

Georges VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979/80, n° 31, p. 31.

Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* 1998, n° 45, p. 151.

Jacques VAN COMPERNOLL, Marc VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – l'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cah. Cons. Const.* 2003, n° 14, p. 87.

Jérémie VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis », in Mathias EL BERHOUMI, Luc DETROUX, Bruno LOMBAERT, *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Larcier, 2020, p. 681.

Maxime VANDERSTRAETEN, Arnaud PICQUE, « Bilan de la consécration de l'intérêt au moyen dans les lois coordonnées : une (r)évolution du contentieux administratif ? », in François TULKENS (coord.), *Bilan de la réforme du Conseil d'État de 2014. À propos d'intérêt, d'urgence, de maintien des effets, d'indemnités et d'autres choses encore*, Larcier 2021, p. 123.

Louis VANSNICK, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité en Belgique », *AJJC*, 23-2007, p. 29.

Ariane VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA* 2008, p. 899.

Charles-Louis VIER, « L'évolution de l'intérêt à agir dans le contentieux contractuel – regard d'un avocat aux Conseils », in *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, dir. Catherine TEITGEN-COLLY, LGDJ, Grands colloques, 2016, p. 119.

Jean-Yves VINCENT, « Le retrait des actes administratifs unilatéraux – Examen comparatif des solutions adoptées en Droit européen et en Droit français », *RTD Eur.* 1974, p. 31.

Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelles*, LGDJ, 1950, p. 613.

Jean-Marie WOEHLING, « Un aspect méconnu de la gestion administrative : la régularisation des procédures et décisions illégales », *RFAP* 2004, n° 111, p. 533.

Philippe YOLKA, « Usucampion », *AJDA* 2019, p. 2209.

Gilles ZALMA, « *Patere regulam quam ipse fecisti* ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux », *RDP* 1980, p. 1099.

Willy ZIMMER, « Allemagne » in *Constitution et sécurité juridique*, *AJJC* 15-1999, p. 91.

Elisabeth ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit », *Arch. Phil. Droit* 2007, n° 50, p. 277.

Conclusions des rapporteurs publics et avocats généraux

Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, 1^{er} décembre 1993, n° 136705, *Chiarrazzo*, *AJDA* 1994, p. 152.

Léon AUCOC, concl. sur CE, 13 mars 1867, *Bizet*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol. 1 : 1831-1940*, p. 77.

Cécile BARROIS DE SARIGNY, concl. sur CE, 18 mars 2019, n° 417270, *Jounda Nguégoh* (consultables sur Ariane).

Benoît BOHNERT, concl. sur CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, *Ministre de l'intérieur c/ Amar*, *RJF* 2017, n° 616, p. 888.

Aurélié BRETONNEAU, « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », concl. sur CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT*, *RFDA* 2018, p. 649.

Didier CASAS, « L'annulation de certaines dispositions du code des marchés publics et ses conséquences », concl. sur CE, 23 février 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, RFDA 2005, p. 483.

Didier CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs », concl. sur CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, RFDA 2007, p. 696.

Bernard CHENOT, concl. sur CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, rec. p. 100.

Anne COURREGES, « Conséquences de l'illégalité d'un document d'urbanisme sur une autorisation individuelle », concl. sur CE, sect., 7 février 2008, n° 297227, *Commune de Courbevoie*, RJEJ 2008, n° 656, comm. 38.

Bertrand DACOSTA, « Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel », concl. sur CE, sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES*, RFDA 2008, p. 1128.

Bertrand DACOSTA, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif », concl. sur CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*, RFDA 2014, p. 425.

Marco DARMON, concl. sur CJCE, 27 février 1985, aff. C-112/83, *Société des produits de maïs*, rec. p. 720.

Vincent DAUMAS, concl. sur CE, 9 mai 2018, n° 405355, *Communauté de communes du pays roussillonnais*, Jcp A 2018, n° 2153.

Vincent DAUMAS, « La régularisation d'un acte illégal », concl. sur CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Emerainville*, RFDA 2019, p. 289

Jean DELVOLVE, concl. sur CE, ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, RDP 1951, p. 479.

Marie-Astrid DE BARMON, concl. sur CE, 17 mars 2014, *Association des consommateurs de la Fontaulière*, BCJL 2014, n° 4, p. 291.

Isabelle DE SILVA, « Validité et conditions de la substitution de motifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 6 février 2004, *Hallal*, RFDA 2004, p. 740.

Jean DONNEDIEU DE VABRES, concl. sur CE, sect., 28 mars 1952, *Piteau, Martin, Lhuillier*, RDP 1952, p. 498.

Gaëlle DUMORTIER, « L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure », concl. sur CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, RFDA 2012, p. 284.

Olivier FUCHS, « Régularisation des autorisations d'urbanisme », concl. sur CE, sect., avis, 2 octobre 2020, n° 438318, *Barrieu*, RFDA 2021, p. 146.

Joseph GAND, concl. sur CJCE, 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, *Schwarze*.

Leendert A. GEELHOED, concl. sur CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-228/99, *Silos*.

Thierry-Xavier GIRARDOT, concl. sur CE, 13 mars 1998, n° 173705, *Association de défense des agents publics (ADAP)* – inédites.

Emmanuel GLASER, concl. sur CE, sect., 27 juillet 2005, n° 259004, *Millon*, rec. p. 336, BJCL 2005, p. 636.

Mattias GUYOMAR, « L'illégalité d'un schéma directeur peut-elle être invoquée à l'encontre d'un décret déclaratif d'utilité publique ? », concl. sur CE, sect., 25 février 2005, n° 248060, *Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac*, RFDA 2005, p. 608.

Mattias GUYOMAR, « L'application de la jurisprudence Association AC ! à l'annulation d'une décision individuelle », concl. sur CE, 12 décembre 2007, n° 296072, *Sire et a.*, AJDA 2008, p. 638.

Mattias GUYOMAR, concl. sur CE, ass., 8 juillet 2005, n° 247976, *Société Alusuisse-Lonza-France*, RJE/CJEG 2005, p. 317, accessibles sur Ariane.

Olivier HENRARD, « Le recours du concurrent évincé : le maintien provisoire de la jurisprudence Tropic », concl. sur CE, sect., 5 février 2016, n° 383149, *Syndicat mixte des transports en commun « Hérault Transport »*, RFDA 2016, p. 301.

Olivier HENRARD, « Le délai raisonnable de recours contre une décision individuelle irrégulièrement notifiée », concl. sur CE ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, RFDA 2016, p. 927.

Anne ILJIC, concl. sur CE, 13 février 2019, n° 425568, *Société Active immobilier et EURL Donimmo*, AJDA 2019 p. 822.

André JACOMET, concl. sur CE, ass., 10 décembre 1954, *Sieur Cru et autres*, S. 1955, III, p. 200.

Jean KAHN, concl. sur CE, sect., 23 mars 1956, n° 3587, *Dame veuve Ginestet*, rec. p. 141, AJDA 1956, p. 164.

Jean KAHN, concl. sur CE, 12 février 1960, *Société Eky*, rec. p. 101, S. 1960, III, p. 131.

Rémi KELLER, « Le contrôle de l'accord entre la France et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes », concl. sur CE, ass., 9 juillet 2010, n° 327663, *Fédération nationale de la libre pensée*, RFDA 2010, p. 980.

Daniel LABETOULLE, concl. sur CE, sect., 17 octobre 1980, n° 09255, *Bert*, rec. p. 370.

Juliane KOKOTT concl. sur CJUE, 28 juillet 2016, aff. C 379/15, *Association France Nature Environnement*.

Alexandre LALLET, concl. sur CE, 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma*, accessibles sur Ariane

Alexandre LALLET, concl. sur CE, 8 avril 2015, n° 371236, *Syndicat national des médecins biologistes*.

Maurice LAGRANGE, concl. sur CJCE, 17 décembre 1959, aff. 14/59, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, rec. p. 32.

Francis LAMY, concl. sur CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, rec. p. 303.

Maurice LAGRANGE, concl. sur CJCE, 12 juillet 1957, aff. 7/56, 3/57 à 7/57, *Algera et a.*

Paolo MENGOZZI, prise de position sur CJUE, ch. spéciale, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX II, *Arango Jaramillo et a. c/ BEI*.

Marie-Gabrielle MERLOZ, concl. sur CE, 12 octobre 2020, n° 429185, *Société Château Chéri*, accessibles sur Ariane.

Guillaume ODINET, « La jurisprudence Czabaj et les décrets de libération des liens d'allégeance », concl. sur CE, 29 novembre 2019, n° 411145, *M. Boumrar* – CE, 29 novembre 2019, n° 426372, *Mme*

Megueddem – CE, 29 novembre 2019, n° 429248, *Procureur de la République de Marseille*, AJDA 2020, p. 406.

Guillaume ODINET, concl. sur CE, 28 juin 2019, n° 424368, *Office français de l'immigration et de l'intégration*, accessibles sur Ariane.

Guillaume ODINET, « Modulation des effets d'une déclaration d'inconventionnalité de la loi », concl. sur CE, 31 juillet 2019, n° 428530, *CIMADE et autres*, AJDA 2019, p. 2316.

Valérie PECRESSE, « Les conséquences de l'annulation d'une décision administrative », concl. sur CE, 10 octobre 1997, *Lugan, Strasbourg FM, RFDA* 1998, p. 21.

Gilles PELLISSIER, « Le recours des tiers contre le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : plein contentieux », concl. sur CE, sect., 30 juin 2017, *SMPAT, RFDA* 2017, p. 937.

Karl ROEMER, concl. sur CJCE, 15 juillet 1960, aff. 24/58 et 34/58, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France*.

Jean ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, *Martin*, in Hervé DE GAUDEMAR et David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, p. 269.

Jean ROMIEU, concl. sur CE, 28 décembre 1906, n° 25521, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, in Hervé DE GAUDEMAR, David MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, p. 310.

Sophie ROUSSEL, concl. sur CE, 24 septembre 2018, n° 414118, *Association de défense des libertés constitutionnelles*, accessibles sur Ariane.

Sophie ROUSSEL, concl. sur CE, 9 juillet 2021, n° 437634, *Commune de Grabels, RFDA* 2021, p. 932.

Sophie ROUSSEL, « L'abrogation d'un acte réglementaire par le juge de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, *Association des avocats ELENA France et autres, RFDA* 2022, p. 51.

Rémy SCHWARTZ, « Conséquences de l'annulation d'une décision de nomination sur un acte de titularisation subséquent », concl. sur CE, sect., 3 novembre 1996, n° 82096, 90883, 135073, *Mme Velluet, AJDA* 1996, p. 215.

François SENERS, concl. sur CE, 13 mars 2006, n° 259192, *Poindrelle*.

François SENERS, concl. sur CE, sect., 27 octobre 2006, n° 260767, *Société Techna, RFDA* 2007, p. 265.

Jacques-Henri STAHL, « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée », concl. sur CE, sect., 30 octobre 1998, n° 149663, *Ville de Lisieux, RFDA* 1999, p. 128.

Jacques-Henri STAHL, « Les pouvoirs du juge en matière de substitution de base légale dans le contentieux de l'excès de pouvoir », concl. sur CE, sect., 21 novembre 2003, n° 240267, *Préfet Seine-Maritime c/ El Bahi, RFDA* 2004, p. 733.

Bernard STIRN, concl. sur CE, sect., 27 février 1985, *SA Grands travaux et constructions immobilières, RFDA* 1985 p. 432.

Yves STRUILLOU, « Rétroactivité de la jurisprudence et droit au recours », concl. sur CE, sect., 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin, RFDA* 2006, p. 550.

Jean-Philippe THIELLAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel », concl. sur CE, ass., 13 mai 2011, n° 317808, *Mme Delannoy* et n° 329290, *Mme Lazare*, *RFDA* 2011, p. 722.

Henri TOUTEE, « Le régime de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme », concl. sur CE, sect., 8 janvier 1990, *ASSAUPAMAR*, *RFDA* 1991, p. 149.

Maud VIALETTES sur CE, 5 juillet 2013, *SCI Liberty*, n° 354026, *BJDU* 2013, n° 5.

Rapports

Conseil d'État, rapport annuel 1991, *De la sécurité juridique*, EDCE.

Law Commission, Royaume-Uni, rapport « Limitation of actions » (Law Com n° 270), 10 juillet 2001.

Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme, rapport remis au garde des Sceaux, Ministre de la Justice et au Ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe Pelletier, 25 janvier 2005 (Rapport Pelletier).

Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Litec, 2005 (Rapport Molfessis).

Conseil d'État, rapport annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE.

Conseil d'État, rapport annuel 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE.

Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008, La documentation française.

Conseil d'État, rapport annuel 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, rapport public annuel pour 2011.

Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre. Rapport du groupe de travail créé par lettre du 11 février 2013 de Madame Cécile DUFLOT, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, remis le 25 avril 2013 (Rapport Labetoulle).

Cour de cassation, *Le temps*, rapport annuel pour 2014, p. 335.

Sécurité juridique et initiative économique, rapport du Club des juristes, dir. Nicolas Molfessis et Henri De Castries, Mare & Martin, 2015.

Réflexions pour la justice administrative de demain, rapport du groupe de travail présidé par Mme Odile Piérart, novembre 2015 (Rapport Piérart).

Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace, Rapport au ministre de la cohésion des territoires présenté par le groupe de travail présidé par Christine Maugué, conseillère d'État, remis le 11 janvier 2018 (Rapport Maugué).

Publications en ligne :

Paul CASSIA, « La loi ELAN et les recours abusifs contre les permis de construire », Blogs Médiapart, Le blog de Paul Cassia (blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog), 12 juin 2018.

Jean-Baptiste CHEVALIER, « Deux ans de jurisprudence *Czabaj* », *Le blog droit administratif* (blogdroitadministratif.net), 16 juillet 2018.

François GILBERT, « La prorogation des délais du fait de l'urgence sanitaire en contentieux administratif », *Le blog droit administratif (blogdroitadministratif.net)* 26 mars 2020, mis à jour le 9 avril 2020.

Caroline LANTERO, Yann LIVENAIS, « 2018 : l'année Czabaj », *Revue générale du droit (revuegeneraledudroit.eu)*, 2018, numéro 29955.

Florian POULET, « Cause (juridique) toujours, ça m'intéresse ! », *Le blog droit administratif (blogdroitadministratif.net)*, 28 novembre 2011.

Frédéric ROLIN, « Demande d'abrogation de la norme contenue dans la décision du Conseil d'État rendue le 13 juillet 2016 », *Le Blog Droit Administratif (blogdroitadministratif.net)*, 14 juillet 2016.

Table de jurisprudence

Juridictions internes

Conseil d'État

CE, 13 mars 1867, Bizet, S. 1867, II, p. 91. **48, 62, 63, 64, 107, 809, 1100**

CE, 29 mars 1901, Casanova, rec. p. 333. **65, 96, 109**

CE, 24 janvier 1902, Sieur Avézard, rec. p. 43. **375**

CE, 4 août 1905, Martin, rec. p. 749. **197, 198, 201, 323, 550, 961, 1299**

CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, rec. p. 962. **96, 121, 126**

CE, 28 décembre 1906, n° 25521, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, rec. p. 977. **91, 121, 128, 129**

CE, 29 mai 1908, Poulin, rec. p. 580. **350**

CE, 27 janvier 1911, Richemond, rec. p. 105. **109**

CE, 8 mars 1912, Lafage, rec. p. 348. **451**

CE, 9 mars 1917, n° 51895, Vicaire, rec., p. 225. **306**

CE, 22 février 1918, Commune de Sernhac, rec., p. 190. **530**

CE, 6 décembre 1918, Général Comby, rec. p. 1090. **819**

CE, 10 janvier 1919, Ferré de Peroux, rec. p. 12. **819**

CE, 27 février 1919, Faure, rec. p. 169. **817**

CE, 24 octobre 1919, Bonvoisin, rec. p. 776 **817**

CE, 25 juin 1920, Le Doussal et Métour, rec. p. 639. **109,**

CE, 29 décembre 1920, May-Bing, rec. p. 1159. **918**

CE, ass., 2 nov. 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes, rec. p. 699. **1180**

CE, 16 mai 1924, Jourda de Vaux, rec. p. 483. **884, 887, 888**

CE, 29 juillet 1925, Sieur Griffeuille, rec. p. 763 **881**

CE, 26 décembre 1925, Rodière, rec. p. 1065 **96, 595, 961, 969, 973, 979, 994, 1021, 1089**

CE, 30 mars 1927, n° 97616, Sieur Poli, rec. p. 411. **823**

CE, 24 mai 1927, Level, rec. p. 600. **817**

CE, sect., 10 janvier 1930, Despujol, rec. p. 30 **525, 1080**

CE, 13 février 1930, Dufour, rec. p. 176. **109**

CE, sect., 9 décembre 1932, n° 10475, Sieur Laurent. **823**

CE, 26 janvier 1934, Glon, rec. p. 134. **1003, 1021,**

CE, 8 juin 1934, Augier, rec. p. 660. **621**

CE, ass., 1^{er} avril 1938, Société L'alcool dénaturé de Coubert, rec. p. 337. **78**

CE, ass., 17 juin 1938, Syndicat des commerçants détaillants de Lyon, rec. p. 555. **350**

CE, 20 janvier 1939, Hollender, rec. p. 20. **1021**

CE, sect., 5 mai 1944, n° 69751, Dame Veuve Trompier Gravier, rec. p. 133. **811**

CE, ass., 26 octobre 1945, n° 77726, Aramu, rec. p. 213. **811**

CE, ass., 5 avril 1946, Roussel, rec. p. 105. **811**

CE, 25 octobre 1946, Gronier et Gastu, rec. p. 247. **154**

CE, 14 janvier 1948, Canavaggia, rec. p. 18. **623**

CE, 11 février 1949, Faveret, rec. p. 74. **112**

CE, sect., 4 mars 1949, Trèbes et autres, rec. p. 105. **1001**

CE, ass., 27 mai 1949, n° 93122, 96949, Véron-Réville, rec. p. 246. **1021**

CE, ass., 17 février 1950, n° 86949, Dame Lamotte. **14, 37, 740, 941, 961, 969, 993, 1336,**

CE, 26 mai 1950, Dirat, rec. p. 322. **1021**

CE, sect., 30 juin 1950, Queralt, rec. p. 413. **518**

CE, sect., 22 décembre 1950, Barbier, rec. p. 640. **154**

CE, sect., 29 juin 1951, Lavandier, rec. p. 380. **368**

CE, 28 mars 1952, Martin, Piteau et Lhuillier, rec. p. 198. **269, 530**

CE, sect. 24 octobre 1952, Combaz, rec. p. 461. **154**

CE, sect., 20 février 1953, Société Intercopie, rec. p. 88. **330, 386, 884, 886, 887, 888, 892,**

CE, 1^{er} octobre 1954, Dame Bonnetblanc, rec. p. 491. **628**

CE, 3 décembre 1954, Caussidéry, rec. p. 640. **1020, 1021, 1024, 1032, 1318**

CE, ass., 10 décembre 1954, Sieur Cru, rec. p. 659. **1001**

CE, 4 février 1955, Sieur Marcotte, rec. p. 70. **1028**

CE, 4 février 1955, Rodde, rec. p. 72. **1021**

CE, ass., 16 mars 1956, Garrigou, rec. p. 121. **109**

CE, sect., 23 mars 1956, n° 3587, Dame veuve Ginestet, rec. p. 141. **797**

CE, ass., 26 octobre 1956, Association générale des administrateurs civils, rec. p. 391. **131**

CE, sect., 26 novembre 1956, Demoiselle Cavalier, rec. p. 387. **881**

CE, sect., 8 mars 1957, Rozé et autres, rec. p. 157. **625**

CE, 15 mars 1957, Israel, rec. p. 174. **878**

CE, 3 janvier 1958, Dejean, rec. p. 3. **1021**

CE, sect., 14 février 1958, Abisset, rec. p. 98. **73, 89, 111, 878**

CE, 4 juillet 1958, Graff, rec. p. 414. **621**

CE, sect., 14 novembre 1958, Ponard, rec. p. 554. **1074-1076, 1086, 1158**

CE, sect., 2 mai 1959, Lafon, rec. p. 282. **450**

CE, sect., 16 octobre 1959, Guille, rec. p. 316. **1021**

CE, sect., 13 novembre 1959, n° 38805 Secrétaire d'État à la construction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Sieur Bacqué, rec. p. 593. **572**

CE, sect., 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, rec. p. 10. **1074**

CE, 12 février 1960, Société Eky, rec. p. 101. **86, 87, 107, 112**

CE, 1^{er} avril 1960, Quériaud, rec. p. 246. **1020**

CE, sect., 27 janvier 1961, Daunizeau, rec. p. 57. **625**

CE, 15 février 1961, Sieur Alfred-Joseph, rec. p. 114. **805**

CE, 22 mars 1961, Simonet, rec. p. 211. **976**

CE, 1^{er} décembre 1961, Bréart de Boisanger, rec. p. 676. **1021**

CE, sect. 1^{er} juin 1962, Union générale des syndicats mandataires des halles centrales et autres, rec. p. 362. **805**

CE, sect., 12 octobre 1962, n° 55655, Ministre de la construction c/ Compagnie immobilière de la région parisienne, rec. p. 537. **985**

CE, ass., 19 octobre 1962, Brocas, p. 553. **116**

CE, sect., 19 octobre 1962, Dubost, rec. p. 558. **310**

CE, 21 novembre 1962, Pelbois, rec. p. 624. **1022-1025**

CE, sect., 8 mars 1963, Mailhol, rec. p. 147. **132**

CE, ass., 22 juin 1963, Sieur Albert, rec. p. 395. **878**

CE, 24 avril 1964, n° 53518, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC). **200, 224**

CE, sect., 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu. **341, 342, 518**

CE, ass., 27 novembre 1964, Veuve Renard, rec. p. 590. **16, 470**

CE, 22 mars 1965, Blagny, rec. p. 559. **976**

CE, 24 mars 1965, n°62134, Bonnetblanc, rec. p. 1034. **974**

CE, 6 octobre 1965, Marcy, rec. p. 493. **79, 163, 170**

CE, 20 octobre 1965, n° 60997, Guérin, rec. p. 537. **681**

CE, 22 avril 1966, n° 64867, Subileau, rec. p. 284. **974**

CE, 18 janvier 1967, n° 58460, Ville de Châteaudun, rec. p. 691. **974**

CE, sect., 10 février 1967, n° 59125, Société des établissements Petitjean, rec. p. 63. **350, 375**

CE, 11 juin 1967, Poujol, rec. p. 253. **1021, 1028**

CE, 10 novembre 1967, n° 69473, Dlle Rabdeau, rec. p. 424. **1021**

CE, 24 novembre 1967, Noble, rec. p. 443. **155**

CE, sect., 8 décembre 1967, Sieur Boireau, rec. p. 479. **572**

CE, ass., 12 janvier 1968, Dame Perrot, rec. p. 39. **623, 624, 632, 651, 660, 787, 866 898**

CE, ass., 13 juillet 1968, Moreau, rec. p. 441. **805**

CE, 13 novembre 1968, n° 74539, Fédération des postes et télécommunications. **1003**

CE, 27 novembre 1968, Commune de Cournon d’Auvergne, rec. p. 1066. **154**

CE, ass., 18 avril 1969, n° 72251, Sieur Meunié, rec. p. 208. **822**

CE, ass., 31 octobre 1969, n° 61310, Syndicat de défense des canaux de la Durance, rec. p. 462. **164**

CE, 16 janvier 1970, n° 74346, Audebert, rec. p. 24. **821**

CE, 16 janvier 1970, n° 75113, Société anonyme commerciale et industrielle du froid, rec. T. 1172 **628**

CE, ass., 5 juin 1970, n° 71650, Pusoye, rec. p. 385. **1021**

CE, ass., 27 novembre 1970, n° 16757, Agence maritime Marseille-fret, rec. p. 704. **811**

CE, sect., 28 mai 1971, n° 78951, Damasio, rec. p. 391. **85**

CE, ass., 12 avril 1972, n° 82681, Brier, rec. p. 272. **301**

CE, 14 juin 1972, n° 80500, Sieur Bollecker, rec. p. 445. **992**

CE, sect., 7 décembre 1973, n° 88252 et 91237, SCA des Nigritelles, rec. p. 699. **978**

CE, ass., 4 octobre 1974, n° 99930, David, rec. p. 464. **85**

CE, 19 mars 1976, n° 98266, Ministre de l’économie c/ Bonnebaigt, rec. p. 167. **823, 865**

CE, 7 juillet 1976, Epoux Arnaud, rec. T. 1069. **625**

CE, sect., 23 juillet 1976, n° 96526, URSSAF du Jura, rec. p. 362. **629**

CE, 21 janvier 1977, n°87656, Sieur Moisand, rec. p. 34. **974**

CE, sect., 3 février 1978, n° 01155, Confédération française démocratique du travail et confédération générale du travail. **87**

CE, 2 juin 1978, n° 02513, Sigmaringa, inédite au rec. **304**

CE, 7 juillet 1978, n° 96269, Association de sauvegarde des intérêts de Saint-Martin-du-Touch et Saurat, rec. p. 304. **819**

CE, 7 juillet 1978, n° 10830, Syndicat des avocats de France, rec. p. 297. **92**

CE, ass., 6 novembre 1978, Schwartz et autres, rec. p. 467. **116**

CE, 23 mars 1979, n° 10798 à 10803, Mme Canu et autres, rec. p. 126. **380**

CE, 25 mai 1979, Toledano-Abitbol, rec. p. 228. **1021**

CE, ass., 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, rec. p. 370. **974**

CE, sect., 7 décembre 1979, n° 5577, Delarue, rec. p. 847. **155**

CE, 11 janvier 1980, n° 10680, Laveau et autres, rec. p. 6. **821**

CE, ass., 18 janvier 1980, Bargain, rec. p. 29. **1041-1047, 1054**

CE, sect., 9 mai 1980, n° 14512, Office National Interprofessionnel des Céréales (ONIC), rec. p. 220. **1051**

CE, 14 mai 1980, n° 17656, Souarn, rec. T. 843. **1003**

CE, sect., 17 octobre 1980, n° 09255, Bert, rec. p. 370. **380**

CE, 30 janvier 1981, Syndicat général des impôts FO, rec. p. 147. **132**

CE, ass., 29 avril 1981, n° 12851, Ordre des architectes, rec. p. 197. **1043**

CE, sect., 13 novembre 1981, n° 16504, Plunian, rec. p. 413. **985**

CE, ass., 20 novembre 1981, n° 24923, 24981, Schwartz et autres, rec. p. 437. **116**

CE, ass., 20 novembre 1981, n° 20710, Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye, rec. p. 429. **982**

CE, 19 mars 1982, n° 12938, Ministre de l'agriculture c/ Société d'exploitation forestière et agricole, rec. T. 719. **977**

CE, sect., 26 juillet 1982, M. Le Roy, rec. p. 316. **755**

CE, 4 février 1983, n° 36340, Lambert, au rec. **651**

CE, plén. fisc., 29 juillet 1983, n° 31761, M. X, rec. p. 313. **585**

CE, 30 septembre 1983, n° 24468, Association S.O.S. Défense, rec. T. 776. **124**

CE, 28 juillet 1984, n° 39728, Baillou, rec. p. 306. **820**

CE, 14 novembre 1984, n° 38130, 38134, 39020, Syndicat national de l'aéronautique civile, rec. p. 360. **323**

CE, sect., 26 avril 1985, n° 41169, Ville de Tarbes, rec. p. 119. **92**

CE, 6 mai 1985, n° 41589, Association Eurolat, rec. p. 141. **884**

CE, 26 juillet 1985, n° 35024, Union régionale pour la défense de l'environnement de la nature de la vie et de la qualité de la vie en Franche-Comté, rec. p. 251. **123**

CE, sect., 26 juillet 1985, n° 42204, Office national interprofessionnel des céréales, rec. p. 233. **1098**

CE, 24 janvier 1986, Mme Rosset, rec. T. 669. **155**

CE, ass., 16 avril 1986, n° 75040, Compagnie Luxembourgeoise de Télévision, rec. p. 96. **209**

CE, 9 juillet 1986, n° 51172, Thalamy, rec. p. 201. **756**

CE, 25 juillet 1986, Casanovas, rec. p. 669. **153**

CE, sect., 12 décembre 1986, n° 54701, Société GEPRO, rec. p. 282. **381, 383, 393, 398**

CE, 14 janvier 1987, n° 59145, Mme Gosset, rec. T. 539. **805**

CE, 28 janvier 1987, n° 39146, Association « Comité de défense des espaces verts », rec. p. 20. **381**

CE, 27 février 1987, n° 64347, Noir, rec. p. 84. **116**

CE, 27 février 1987, n° 38482, Bertin, rec. T. 892. **155**

CE, 8 avril 1987, n° 50755, Fourel, rec. T. 871. **176**

CE, 23 décembre 1987, n° 74329, Commune de Trelissac, inédite au rec. **1047**

CE, 20 janvier 1988, n° 59984, Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre, rec. p. 18. **978**

CE, 1^{er} juillet 1988, n° 18020, Société monégasque de location et négoce de matériel industriel, inédite au rec. **879**

CE, ass., 9 novembre 1988, Fourcade et autres, p. 398. **116**

CE, 23 novembre 1988, n° 94282, Dumont, rec. p. 418. **109**

CE, ass., 3 février 1989, Compagnie Alitalia, rec. p. 44. **109, 389, 390, 525, 1080, 1084**

CE, sect., 2 mars 1990, n° 84590 Commune de Boulazac, rec. p. 57. **1047**

CE, sect., 4 mai 1990, n° 55124 et 55137, Association freudienne et autres, rec. p. 111. **585**

CE, 8 juin 1990, n° 106309, Rougerie, rec. p. 147. **974, 1028**

CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, Assaupamar, rec. p. 149. **381, 383, 1047**

CE, 5 octobre 1990, n° 74376, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public, publié au rec. **394**

CE, 10 octobre 1990, n° 97692, Ministre des postes et télécommunications c/ Grandone, rec. p. 916. **330, 334**

CE, sect., 25 janvier 1991, Brasseur, rec. p. 23. **341**

CE, 17 mai 1991, n° 78724, Dinant, publié au rec. **639**

CE 24 juin 1991, n° 101046, Ministre des postes, des télécommunications et de l'espace c/ Pillet, rec. p. 1005. **1028**

CE, sect., 26 juillet 1991, n° 117717, Commune de Sainte-Marie, rec. p. 302. **208**

CE, sect., 13 décembre 1991, n° 74153, Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes, rec. p. 443. **128**

CE, 12 février 1992, n° 75185, Région Midi-Pyrénées c/ M. Aliès. **882**

CE, 1^{er} avril 1992, n° 88068, Abit, rec. p. 144. **441**

CE, 15 avril 1992, n° 111914, Association française pour l'application du traité de Rome, inédite au rec. **124**

CE, 19 juin 1992, n° 126413, SARL Bistrot Aixois, rec. p. 239. **623**

CE, 16 octobre 1992, n° 100033, Laroumanie, inédite au rec. **289**

CE, sect., 13 janvier 1993, Syndicat national autonome des policiers en civils, rec. p. 13. **132**

CE, 19 février 1993, n° 106792, Nainfa, rec. T. 945. **300, 323**

CE, 3 mai 1993, n° 124888, Sté industrielle de construction, rec. p. 981. **78**

CE, 22 septembre 1993, n° 79575, Université de Nancy II, rec. T. 939. **75**

CE, 1^{er} octobre 1993, n° 54660, Société le Yacht Club de Bormes-les-Mimosas, rec. p. 971. **204**

CE, 1^{er} décembre 1993, n° 136705, Chiarazzo, rec. p. 334. **376**

CE, 4 février 1994, n° 116323, Ministre de l'éducation nationale c/ SGEN-CFDT, rec. T. 751. **824**

CE, ass., 29 avril 1994, n° 112910, Association Unimate 65, rec. p. 203. **1017**

CE, 25 mai 1994, n° 96662, SA Papeteries Philippe Berges, rec. T. 955. **330**

CE, 7 octobre 1994, n° 116427, Ministre de l'intérieur c/ M. Charles, rec. p. 429. **820**

CE, 7 octobre 1994, n° 132031, Mechkar, inédite au rec. **340**

CE, 21 octobre 1994, n° 144617, Comité de défense intercommunal de Maisons-Mesnil-le-Pecq, rec. T. 1130. **156**

CE, sect., 4 novembre 1994, n° 136240, Al Joujo, rec. p. 231. **973**

CE, 9 décembre 1994, n° 116447, SARL Séri, rec. T. p. 1262. **695, 755**

CE, 16 décembre 1994, n° 116465, M. Beckert, rec. T. 1242. **820**

CE, 10 février 1995, n° 78545, Royer, rec. p. 642. **981**

CE, 22 février 1995, n° 122395, Commune de Ville-la-Grand, rec. T. 626. **820**

CE, sect., 17 mars 1995, n° 93229 et 93230, Syndicat des casinos autorisés de France, rec. p. 131. **92**

CE, 28 avril 1995, n° 103195, Mme Bigaud, rec. p. 184. **109**

CE, 10 mai 1995, n° 138707, Gobillon, inédite au rec. **156**

CE, 24 mai 1995, n° 150360, Ville de Meudon, rec. p. 208. **882**

CE, 3 juillet 1996, n° 112171, Société ABC Engineering, rec. p. 259. **1059**

CE, 7 juillet 1995, n° 101500, Carbo et Carre, rec. T. p. 957. **937**

CE, sect. 10 juillet 1995, Mme Laplace, rec. p. 302. **132**

CE, sect., 3 novembre 1995, n° 82096, 90883, 135073, Mme Velluet, rec. p. 389. **1023-1029**

CE, ass., 10 juillet 1996, n° 138536, Cayzeele, rec. p. 274. **209, 211**

CE, 31 juillet 1996, n° 153875, M. Bellakehal, rec. p. 319. **819**

CE, 21 février 1997, n° 172634, Calbo, rec. T. 1018. **979**

CE, 21 février 1997, Guerlin, rec. p. 1009. **976**

CE, 14 mars 1997, n° 119055, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne, rec. p. 638. **209**

CE, 30 juillet 1997, n° 141939, Caisse des dépôts et consignations, inédite au rec. **877**

CE, 10 octobre 1997, n° 134766, Strasbourg FM, rec. p. 355. **878, 1025, 1027-1029**

CE, 10 octobre 1997, n° 170341, Lugan, rec. p. 346. **1025-1032, 1318**

CE 17 décembre 1997, n° 171201, Préfet de l'Isère c/ Arfaoui, rec. p. 495. **350**

CE, 18 février 1998, n° 188517, Association pour le respect de la réglementation applicable au cumul d'une fonction publique et d'une activité privée, rec. T. 1079. **123**

CE, 13 mars 1998, n° 173705, Association de défense des agents publics, rec. p. 77. **106, 125, 140**

CE, sect., avis, 13 mars 1998, n° 190751, Vindevogel, rec. p. 78. **1020**

CE, sect., 13 mars 1998, Mauline, rec. p. 80. **309, 325-334, 407, 488, 491, 586**

CE, 8 juin 1998, n° 185437, Groupement foncier agricole du domaine de la Cabane, rec. p. 908. **276**

CE ass., 3 juillet 1998, n° 177248 Syndicat national de l'environnement CFDT, rec. p. 272. **805**

CE, sect., 28 septembre 1998, n° 125291, Sté Radio Pholie, rec. p. 1113. **877**

CE, ass., 30 octobre 1998, Sarran et Levacher, rec. p. 368. **280**

CE, 25 novembre 1998, n° 162926, Mme Chèze et commune de Bièvres, rec. p. 447. **176**

CE, 2 juillet 1999, n° 190474, M. Hirsch-Marrie, rec. p. 864. **1021**

CE, 10 novembre 1999, n° 126382, Préfet de la Drôme, rec. p. 940. **973**

CE, sect., 19 novembre 1999, n° 176261, Fédération F.O. des travailleurs des Postes et télécommunications, rec. p. 354. **225**

CE, 29 novembre 1999, n° 182214, Epoux Boulanger, rec. T. 941. **164**

CE, 4 février 2000, n° 184340, Syndicat général de l'éducation nationale de la Savoie, rec. T. 1175. **1084**

CE, 27 mars 2000, n° 196836, Mme Leroy, rec. p. 139. **572**

CE, 19 mai 2000, n° 208545, Mutuelle de la RATP, rec. T. 906. **367, 443**

CE, avis, 28 juillet 2000, n° 220301, Boullay, rec. p. 345. **378**

CE, 8 décembre 2000, n° 215160, Wajs, rec. T. 1145. **109**

CE, 29 décembre 2000, n° 197739, 202564, 202565, Treyssac, rec. p. 651. **308**

CE, 26 février 2001, n° 223953, Fadiadji, rec. T. 993. **626**

CE, 9 mai 2001, n° 210944, Entreprise Freymuth, rec. T. 865. **439**

CE, 16 mai 2001, n° 231717, Préfet de police de Paris c/ M. Mtimet, rec. p. 234. **1180**

CE, 27 juin 2001, n° 224115, CPAM de la Haute-Garonne, rec. T. 790. **155**

CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229, Vassilikiotis, rec. p. 303. **687, 717, 718, 720, 787, 982**

CE, 19 octobre 2001, n° 233173, Société Alsthom Transport SA, rec. T. p. 1038. **915**

CE, ass., 26 octobre 2001, n° 197018, Ternon, rec. p. 497. **16, 469, 480, 561, 468**

CE, 23 novembre 2001, n° 195550, Compagnie Nationale Air France, rec. p. 576. **630, 631, 653**

CE, 28 décembre 2001, n° 221649, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, rec. p. 683. **236**

CE, ass., 28 juin 2002, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Magiera, rec. p. 248. **471**

CE, 8 juillet 2002, n° 229843, Hôpital local de Valence d'Agen, rec. p. 265. **332**

CE, 29 juillet 2002, n° 210587, Paillet, rec. T. 845. **78**

CE, 13 novembre 2002, n° 185637, S.A. foncière Paris Neuilly, rec. T. 996. **1048**

CE, 30 décembre 2002, n° 249860, Société Cottage Wood, rec. T. 856. **170**

CE, 5 mars 2003, n° 241325, Titran, rec. p. 113. **688, 717-721, 787, 1135**

CE, 14 mars 2003, n° 251935, M. Migaud, inédite au rec. **116**

CE, 25 juin 2003, n° 233119, Commune de Saillagouse, rec. T. 1031. **78**

CE, sect., 30 juillet 2003, n° 237201, GEMTROT, rec. p. 346. **394**

CE, 29 septembre 2003, n° 243662, Jolivet, rec. p. 901. **89**

CE, sect., 21 novembre 2003, n° 240267, Préfet Seine-Maritime c/ El Bahi, rec. p.479. **625, 626, 651, 674, 787, 833, 951**

CE, 10 décembre 2003, n° 248950, Institut de recherche et développement, rec. p. 501. **204**

CE, 12 décembre 2003, n° 243430, Ministre de l'intérieur c/ Syndicat des commissaires et hauts-fonctionnaires de la police, rec. p. 506. **470**

CE, 2 février 2004, n° 238315, SCI La Fontaine de Villiers, rec. T. p. 914. **695, 747, 749, 787**

CE, sect., 6 février 2004, n° 240560, Hallal, rec. p. 46. **629, 630, 637, 651, 662-665, 676, 678, 787, 833, 951**

CE, 10 mars 2004, n° 235686, Fabre, rec. T. 732. **1029**

CE, 17 mars 2004, n°225426, Hogard, rec. T. 574. **982**

CE, 24 mars 2004, n° 248910, Commune du Marin, rec. T. 562. **820**

CE, ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, rec. p. 197. **216, 549, 973, 994, 1073, 1098, 1104, 1105 1107, 1114 1125-1127, 1131, 1133, 1135, 1151, 1152, 1175, 1180, 1219, 1228, 1275, 1292, 1295, 1312, 1316**

CE, avis, 15 juillet 2004, n° 266479, Damon, rec. p. 331. **489**

CE, 8 décembre 2004, n° 270432, Société Eiffel-Distribution, rec. T. 894. **200**

CE, 29 décembre 2004, n° 259093, Société Laboratoire GlaxoSmithKline, rec. p. 469. **304**

CE, sect., 11 février 2005, n° 210587, Marcel, rec. p. 56. **78**

CE, 18 février 2005, n° 261171, M. et Mme Constant, rec. T. 1162. **985**

CE, 23 février 2005, n° 264712, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres, rec. p. 70. **1228**

CE, sect., 25 février 2005, n° 247866, France Télécom, rec. p. 86. **1136**

CE, sect., 25 février 2005, n° 248060, Association Préservons l'avenir à Ours Mons Taulhac, rec. p. 82. **376, 380**

CE, 30 mars 2005, n° 268603, SARL Briadel et autres, rec. T. 1120. **394**

CE, avis, 9 mai 2005, n° 277280, Marangio, rec. p. 195. **1048, 1074-1078, 1158**

CE, 9 mai 2005, n° 258975, Société ID Toast. **88**

CE, ass., 8 juillet 2005, n° 247976, Société Alusuisse-Lonza-France, rec. p. 311. **289, 434, 435**

CE, sect., 27 juillet 2005, n° 259004, Millon, rec. p. 336. **301**

CE, 28 septembre 2005, n° 266208, Louis, rec. p. 400. **531, 532**

CE, sect., 5 décembre 2005, n° 278183, Mme Tassius, rec. p. 814. **270, 433, 438**

CE, ass., 16 décembre 2005, n° 261646, Groupement forestier des ventes de Nonant, rec. p. 582. **983**

CE, 11 janvier 2006, n° 267251, Association des familles des victimes du saturnisme (AFVS), rec. p. 10. **721**

CE, 27 février 2006, n° 284349, SCI La Tilleulière. **176**

CE, sect., 10 mars 2006, n° 278220, Société Leroy Merlin, rec. p. 118. **531**

CE, 13 mars 2006, n° 259192, Poindrelle, rec. T. 1034. **670**

CE, 13 mars 2006, n° 268988, SARL Marseille Diffusion., rec. T. 1034, 1054. **657**

CE, ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, rec. p. 154. **16, 436, 549, 561, 849, 982, 1228**

CE, 17 avril 2006, n° 292539, Hoffer, inédite au rec. **113**

CE, 17 mai 2006, n° 268938, Bellanger, rec. p. 256. **88**

CE, 28 avril 2006, n° 242727, Dellas, rec. p. 206. **1104**

CE, 10 juillet 2006, n° 282031, M.C., rec. T. 878. **253**

CE, 21 juillet 2006, n° 267853, Ichard, rec. T. 1002. **983**

CE, 25 octobre 2006, n° 273954, Société AGDE Distribution, rec. T. 1023. **639**

CE, sect., 27 octobre 2006, n° 260767, Société Techna, rec. p. 451. **1228**

CE, 22 novembre 2006, n° 277373, OFPRA, rec. p. 479. **672**

CE 12 mars 2007, n° 297888, n° 298085, GISTI, Syndicat de la magistrature et autres, rec. p. 120. **124**

CE, 6 avril 2007, n° 296493, Chabran, rec. T. 1028. **975**

CE, 25 avril 2007, n° 290197, M. R., rec. T. 646. **662**

CE, ass. 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, rec. p. 360. **218, 220, 222, 228, 550-559, 569, 725, 913, 914, 918, 922, 923, 928, 929**

CE, 14 novembre 2007, n° 307860, Union nationale des affaires sociales CGT et autres, inédite au rec. **132**

CE, 15 novembre 2006, n° 264636, Toquet, rec. T. 712. **441**

CE, ord., 16 mai 2007, n° 304955, Joseph, inédite au rec. **663**

CE, 15 juin 2007, n° 289612, M. et Mme Djabeur, rec. T. p. 666. **664**

CE, 25 juin 2007, n° 304888, Syndicat CFDT du Ministère des Affaires étrangères, rec. p. 276. **982, 1120**

CE, 15 octobre 2007, n° 275810, M. Jaunay, inédite au rec. **670**

CE, sect., 30 novembre 2007, n° 293952, Tinez, rec. p. 459. **97**

CE, 12 décembre 2007, n° 296818, Vignard, inédite au rec. **1151, 1179, 1181**

CE, 12 décembre 2007, n° 296072, Sire, rec. p. 471. **1181**

CE, sect., 7 février 2008, n° 297227, Commune de Courbevoie, rec. p. 40. **383, 398**

CE, 5 mars 2008, n° 281451, Société NRJ 12, Société TF1, rec. p. 78. **1136**

CE, sect., 8 juin 2008, n° 283141, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ M. Banon, rec. p. 204. **554**

CE, 11 juillet 2008, n° 298779, SIMAVELEC, rec. p. 264. **1123, 1136**

CE, 11 juillet 2008, n° 313386, Association des amis des paysages bourgagniauds, rec. T. 845. **167, 571**

CE, sect., 3 octobre 2008, n° 305420, SMIRGEOMES rec. p. 324. **916, 920, 924, 929-934**

CE, 26 novembre 2008, n° 283158, M. Paul, inédite au rec. **340**

CE, sect., 31 décembre 2008, n° 283256, Cavallo, rec. p. 481. **759**

CE, 3 mars 2009, n° 314792, Association française contre les myopathies, rec. p. 68. **1152, 1169**

CE, 11 mars 2009, n° 307656, Commune d'Auvers-sur-Oise, rec. T. 606. **879**

CE, 8 avril 2009, n° 289314, Chambre des métiers et de l'artisanat de la Moselle, rec. p. 138. **1030**

CE, sect., 8 avril 2009, n° 290604, Association Alcaly et autres, rec. p. 112. **209, 984**

CE, avis, 6 mai 2009, n° 322713, Jafor Khan, rec. p. 187. **37**

CE, 16 mai 2008, n° 290416, Département du Val-de-Marne, rec. T. 436. **1135**

CE, 8 juillet 2009, n° 314236, Commune de Saint-Dié des Vosges, rec. p. 255. **823**

CE, sect., 17 juillet 2009, n° 301615, Commune de Grenoble, rec. p. 270. **985**

CE, 24 juillet 2009, n° 303870, Orfeuill, rec. T. 803. **1029**

CE, 2 septembre 2009, n° 297013, Assistance publique de Marseille, rec. T. 917. **555**

CE, 14 octobre 2009, n° 322164, Kemlin, rec. T. 904. **153, 156**

CE, 28 octobre 2009, n° 299252, Delanoue, rec. p. 885. **330**

CE, 28 décembre 2009, n° 312314, Syndicat de la magistrature, rec. T. 606. **805**

CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers, rec. p. 509. **204, 551, 725, 772, 918, 920, 921, 927, 930-933**

CE, 30 décembre 2009, n° 319942, Commune du Cannet des Maures, rec. T. 911. **382**

CE, 11 février 2010, n° 324233, Mme Borvo, rec. p. 18. **116**

CE, 19 mars 2010, n° 305047, Syndicat des compagnies aériennes autonomes, rec. T. 622 **978**

CE, 31 mars 2010, n° 306122, Delasara, rec. T. 923. **662**

CE, 7 avril 2010, n° 325833, Laboratoire Pasteur Cerba, rec. T. 610. **824**

CE, 7 avril 2010, n° 315123, M. Bruguier, inédit au rec. **37**

CE, 16 avril 2010, n° 318067, Brocard et association Rabodeau environnement, rec. T. 790. **97**

CE, 19 juillet 2010, n° 334014, M. Fristot et Mme Charpy, rec. p. 320. **722**

CE, 15 novembre 2010, n° 314674, Conseil départemental de l'ordre des médecins des Bouches-du-Rhône, rec. p. 436. **571**

CE, 17 novembre 2010, n° 320827, Société Arthus Consulting, rec. T. 920. **805**

CE, 17 décembre 2010, n° 310195, SFIB et autres, rec. T. 637. **1152, 1312**

CE, 23 décembre 2010, n° 334780, Société Laboratoires Medipha Santé, rec. T. 610. **824**

CE, 30 décembre 2010, n° 329513, Robert, rec. p. 530. **1179**

CE, 27 avril 2011, n° 326936, Rouzet, rec. T. 975. **1029**

CE, 27 avril 2011, n° 312368, Syndicat CGT des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, rec. T. 992-1066. **132**

CE, 11 mai 2011, n° 323507, Dimby, inédite au rec. **676**

CE, 11 mai 2011, n° 331153, Société lyonnaise des eaux France, rec. T. 1018. **200, 225**

CE, ass., 13 mai 2011, n° 317808, Mme Delannoy et n° 329290, Mme Lazare, rec. p. 237. **1063**

CE 17 juin 2011, n° 324816, Société Canal +, rec. p. 295. **1136, 1228**

CE, 24 juin 2011, n° 342997, Braud. **1179**

CE, 24 juin 2011, n° 343391, Nasri. **1179**

CE, 27 juin 2011, n° 339568, Conseil départemental de Paris de l'ordre des chirurgiens-dentistes, rec. T. 1106. **888**

CE, 11 juillet 2011, n° 320735, Société d'équipement du Maine-et-Loire (SODEMEL), rec. p. 346. **375,**

CE, 26 juillet 2011, n° 347086, Sroussi et autres, rec. p. 1066. **111**

CE, 14 octobre 2011, n° 323257, Société Ocréal, rec. T. 734. **835**

CE, 23 novembre 2011, n° 341258, Masson rec. p. 580. **117**

CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Danthony, rec. p. 649. **22, 29, 390, 395, 406, 750, 823,827-898, 950-958, 1115, 1170.**

CE, 30 décembre 2011, n° 324310, Vacher, rec. T. 1096. **357**

CE, 17 février 2012, n° 332509, Société Chiesi, rec. p. 43. **868**

CE, 22 février 2012, n° 343052, M. Sarrazin, rec. T. 548. **834, 853**

CE, ass., 11 avril 2012, n° 322326, GISTI et FAPIL, rec. p. 142. **1168**

CE, avis, 11 avril 2012, n° 355446, Société Gouelle, rec. p. 148. **220, 914**

CE sect., 16 avril 2012, n° 320912, Epoux Meyer, rec. p. 149. **836**

CE 27 avril 2012, n° 348637, Syndicat national de l'enseignement technique agricole SNETAP-FSU, rec. T. 544. **834, 867**

CE, 15 mai 2012, n° 324852, Association Vent de colère, inédite au rec. **1275**

CE 15 mai 2012 n° 398345, Fédération Interco CFDT, inédite au rec. **834**

CE, sect., 16 mai 2012, n° 331346, Serval, rec. p. 225. **555**

CE, 22 mai 2012, n° 3344589, Mari, rec. p. 226. **626**

CE, 25 juin 2012, n° 346395, Collectif anti-nucléaire, rec. p. 252. **835**

CE, 4 juillet 2012, n° 336739 Fédération des entreprises du spectacle vivant, de la musique, de l'audiovisuel et du cinéma, inédite au rec. **857, 869**

CE, 13 juillet 2012, n° 339592, Sté Moulins Soufflet, rec. T. 868. **88**

CE, 23 juillet 2012, n° 341726, Association générale des producteurs de maïs, rec. T. 546. **834, 854, 856, 868**

CE, 27 juillet 2012, n° 353596, SAS Bricorama France, inédite au rec. **156**

CE, 22 octobre 2012, n° 345153, Ministre du travail c/ Mme Widowitsch, inédite au rec. **838, 860, 867**

CE, 14 novembre 2012, n° 340539, Association France Nature Environnement, rec. T. 940. **1154**

CE, 14 novembre 2012, n° 362164, Kuhn, inédite au rec. **113**

CE, 26 décembre 2012, n° 353288, CGT, inédite au rec. **870**

CE, sect., 18 janvier 2013, n° 354218, Syndicat de la magistrature, rec. p. 4. **128**

CE, 22 janvier 2013, n° 355511, Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires, rec. T. 405. **853**

CE, 30 janvier 2013, n° 347347, Sté Nord Broyage, rec. T. 713. **88**

CE, 1^{er} mars 2013, n° 350306, Epoux Fritot, rec. p. 20. **986**

CE, 25 mars 2013, n° 353427, n° 353428, Société Ecran Sud, inédite au rec. **860**

CE 29 avril 2013 n° 359472, M. Bats et autres, rec. T. 592. **834**

CE, 15 mai 2013, n° 337689, Fédération nationale des transports routiers, inédite au rec. **1312**

CE, 10 juin 2013, n° 355791, Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres, rec. T. 408. **834, 853, 869**

CE, 19 juin 2013, n° 352898, Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs, rec. T. 401. **862**

CE, 5 juillet 2013, n° 354026, SCI Liberty. **161, 164, 172S**

CE, 17 juillet 2013, n° 358109, Syndicat national des professionnels de santé au travail, rec. p. 219.

CE, 1^{er} octobre 2013, n° 349099, Société Espace habitat construction, rec. T. 695. **984**

CE, 4 octobre 2013, n° 358401, M. Andrieu et Mme Perrée, rec. T. 807. **755, 986**

CE, 6 novembre 2013, n° 359501, M. Paris, rec. T. 808. **860**

CE, 13 novembre 2013, n° 351776, CGT-FO et autres, rec. T. 406. **868**

CE, 20 novembre 2013, n° 361986, Commune de Royère-de-Vassivière, rec. T. 402. **834, 853**

CE, ass., 23 décembre 2013, n° 363702, n° 363978, Société M6, rec. p. 328. **1135, 1168**

CE avis, 30 décembre 2013, n° 367615, Mme Okosun, rec. p. 342. **375, 834, 1013**

CE, 15 janvier 2014, n° 363559, La Poste, inédite au rec. **853, 859**

CE, 31 janvier 2014, n° 369718, Mme Picot-Grandjean, rec. T. 714. **853, 858**

CE 12 février 2014 n° 352878, M. de Latour, rec. T. 720. **862**

CE, 7 mars 2014, n° 368200, M. Poulain. **853, 859**

CE, ass. 4 avril 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne, rec. p. 70. **101, 186, 193, 223-229, 236-238, 242, 245, 342, 551, 556, 558, 772, 921, 924, 931-934, 947**

CE, 28 mai 2014, n° 324852, Association Vent de colère, rec. p. 150. **1275**

CE, 17 juin 2014, n° 363216, Syndicat autonome de la santé en Martinique, rec. T. 872. **869**

CE, avis, 18 juin 2014, n° 376113, SCI Mounou, rec. p. 163. **170**

CE, 18 juin 2014, n° 376760, Société Batimalo, rec. p. 164. **571, 699**

CE, 23 juin 2014, n° 355801, Polynésie française c/ M. Zannier, rec. p. 171. **435**

CE, 27 juin 2014, n° 380645, Society of architects and developers, inédite au rec. **178**

CE, 23 juillet 2014, n° 349717, Société Octapharma, rec. p. 224. **1235, 1275, 1276, 1294**

CE, 23 juillet 2014, n° 354365, Société d'édition et de protection route, rec. p. 238. **409**

CE, 30 juillet 2014, n° 370306, Association Envie de Rêver et autres, rec. p. 257. **651**

CE, 15 octobre 2014, n° 359175, SCI des Fins et Commune d'Annecy, rec. T. 912. **754**

CE, 22 octobre 2014, n° 368904, Centre hospitalier de Dinan, rec. p. 316. **555**

CE, 17 décembre 2014, n° 369037, Serval, rec. p. 392. **555**

CE, 23 décembre 2014, n° 364785, Communauté urbaine Brest Métropole Océane, rec. T. 900. **853, 854, 858**

CE, 29 décembre 2014, n° 381579, Élections municipales de Samaran, rec. T. 686. **155**

CE, 30 décembre 2014, n° 366899, Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT, inédite au rec. **867**

CE, 16 janvier 2015, n° 386031, Société Métropole Télévision, rec. p. 1. **1065**

CE, sect., 13 mars 2015, n° 358677, Mme Ciaudo, rec. p. 91. **985**

CE, 8 avril 2015, n° 371236, Syndicat national des médecins biologistes, inédite au rec. **856**

CE, 10 avril 2015, n° 377207, Société Red Bull on Premise, rec. T. 675. **1216**

CE, 27 mai 2015, n° 388705, Syndicat de la magistrature, rec. p. 170. **134**

CE, avis, 29 mai 2015, n° 381560, Association Nonant Environnement, rec. p. 172. **653**

CE, 5 juin 2015, n° 380676, La Poste. **860**

CE, 10 juin 2015, n° 386121, Brodelle et Gino, rec. p. 192. **181**

CE, 25 juin 2015, n° 360212, Association France Nature Environnement, rec. p. 447. **1235, 1236, 1245**

CE, 1^{er} octobre 2015, n° 374338, Commune de Toulouse et SCI Square de Jade, rec. p. 307. **755, 986**

CE, 1^{er} octobre 2015, n° 358401, Andrieu et Perrée, rec. T. 807. **730**

CE, 23 octobre 2015, n° 369113, Société CFA Méditerranée, rec. p. 357. **854**

CE, 27 octobre 2015, n° 393026, Allenbach, rec. p. 366. **396**

CE, 4 novembre 2015, n° 375178, Ligue des droits de l'homme, rec. p. 375. **93, 246**

CE, 9 novembre 2015, n° 385962, Syndicat national solidaires justice, inédite au rec. **390, 394**

CE, 25 novembre 2015, n° 370610, Fondation Jérôme Lejeune, rec. T. 876. **1135, 1136**

CE, 23 décembre 2015, n° 384524, UPE, rec. T. 532. **869**

CE, 30 décembre 2015, n° 371190, M. Perollier et autres, inédite au rec. **869**

CE, 30 décembre 2015, n° 382756, Centre indépendant d'éducation de chiens guides d'aveugles et autres, rec. T. 538. **867**

CE, 8 janvier 2016, n° 373058, Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, inédite au rec. **856**

CE, 21 janvier 2016, n° 375655, Ville de Paris, inédite au rec. **868**

CE, sect., 5 février 2016, n° 383149, Syndicat mixte des transports en commun « Hérault Transport », rec. p. 10. **229, 923**

CE, 7 février 2016, n° 372130, M. Leonard, rec. T. 650. **855, 858**

CE, 10 février 2016, n° 387507, Peyret et autres, rec. T. 891. **184**

CE, 7 avril 2016, n° 376597, M. Gicquel, inédite au rec. **869**

CE, 15 avril 2016, n° 393721, Association Vent de Colère, rec. p. 138. **1020**

CE, 15 avril 2016, n° 375132, Marcon, rec. p. 148. **445**

CE, 25 mars 2016, n° 387755, Mission locale régionale de Guyane, rec. T. 870. **332**

CE, 11 mai 2016, n° 383768, M. Rouveyre, rec. p. 173. **727**

CE, 2 juin 2016, n° 395033 et n° 396645, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay, rec. p. 226. **231, 233**

CE, 1^{er} juin 2016, n° 391570, Commune de Rivedoux-Plage, inédite au rec. **200**

CE, 8 juin 2016, n° 395054, Mme Brunel, inédite au rec. **184**

CE, 9 juin 2016, n° 363638, Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres, inédite au rec. **1115, 1135, 1136**

CE, sect., 1^{er} juillet 2016, n° 363047, Commune d'Emerainville, rec. p. 291. **680, 683, 719, 723, 746, 749, 770, 781, 784, 785**

CE, ass., 13 juillet 2016, n° 387763, Czabaj, rec. p. 340. **29, 270, 294, 311, 335, 364-372, 388, 394, 430-601, 846, 1030, 1331**

CE, 27 juillet 2016, n° 378327, M. Hoarau, inédite au rec. **869**

CE, 27 juillet 2016, n° 396840 et n° 391129, Lopez et autres, inédite au rec. **182**

CE, 21 septembre 2016, n° 388034, Danthony, inédite au rec. **1126**

CE, 28 septembre 2016, 377190, M. Dumas, rec. T. 622. **1014, 1136**

CE, 13 octobre 2016, n° 381574, Commune de La Colle-sur-Loup, rec. T. 658. **447**

CE, 13 octobre 2016, n° 402318, Association des contribuables repentis, rec. T. 714. **123, 126, 172**

CE, 9 novembre 2016, n° 391307, Société Bayer Healthcare, inédite au rec. **867**

CE, sect., 2 décembre 2016, n° 387613 et a., Société Export Press, rec. p. 518. **555**

CE, 7 décembre 2016, n° 386304, Caisse d'assurance retraite et de santé au travail (CARSAT) d'Aquitaine, rec. T. 610. **839**

CE, sect., 16 décembre 2016, n° 389642, Mme Guionnet, rec. p. 555. **723**

CE, 16 décembre 2016, n° 391663, Association Oiseaux Nature, rec. T. 610. **378**

CE, 16 décembre 2016, n° 391452, Société Ligérienne granulats, rec. T. 566. **765**

CE 23 décembre 2016, n° 394819, La CIMADE et autres, rec. T. 635. **1136**

CE, avis, 23 décembre 2016, n° 402500, M. Sutter, rec. p. 569. **368**

CE, 1^{er} février 2017, n° 396810, Commune de Cournon-d'Auvergne, inédite au rec. **852**

CE, 7 février 2017, n° 392758, Association Aides et autres, rec. T 479. **93**

CE, 15 mars 2017, n° 390810, Association des comédiens et intervenants audiovisuels, inédite au rec. **1134**

CE, 17 mars 2017, n° 396835, Syndicat national des prestataires de services d'accueil et services d'animation et de promotion des ventes (SNPA), rec. T. 444. **867, 1134**

CE, 17 mars 2017, n° 392467, CCI de région Paris Île-de-France, inédite au rec. **853**

CE, 20 mars 2017, n° 395326, Association de défense des agriculteurs de La Réunion, rec. T. 458. **1126, 1136**

CE, 29 mars 2017, n° 395419, Association « Garches est à vous », rec. T. 856. **195**

CE, sect., 31 mars 2017, n° 389842, Ministre de l'intérieur c/ Amar, rec. p. 105. **441, 447, 493, 503, 565**

CE, 31 mars 2017, n° 396248, Syndicat national des cadres navigants de la marine marchande, rec. T. 152. **135**

CE 10 mai 2017, n° 396774, GFA Boitelle Charlet, inédite au rec. **868**

CE, 19 juin 2017, n° 402876, M. Nai et autres, rec. T. 456. **1136**

CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT), rec. p. 209. **22, 224, 237, 557, 576, 579,**

CE, ass., 19 juillet 2017, n° 370321, ANODE, rec. p. 255. **1104, 1134, 1162, 1290, 1291 et s., 1303, 1308**

CE, 16 octobre 2017, n° 398902, Association Vivre à Grenoble, rec. T. 859. **986**

CE, 23 octobre 2017, n° 394474, Conseil national des barreaux, inédite au rec. **1136**

CE, 22 décembre 2017, n° 410561, Association SOS Education, rec. T. 626. **1115**

CE, sect., 22 décembre 2017, n° 395963, Commune de Sempy, rec. p. 380. **571, 701, 856, 868**

CE, 17 janvier 2018, n° 410280, La CIMADE et autres, rec. T. 576. **1303**

CE, 26 janvier 2018, n° 408215, Association professionnelle des membres de l'inspection générale de la jeunesse et des sports, rec. T. 522. **1181**

CE, 5 février 2018, n° 408487, Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne, privés à but non lucratif, rec. T. 846. **1122, 1134**

CE 21 février 2018, n° 401344, Fédération Allier Nature, inédite au rec. **1136**

CE, 7 mars 2018, n° 402350, Association Collectif danger aérodrome Aix-Les-Milles, rec. T. 820. **92**

CE, 7 mars 2018, n° 404079, Bloch, rec. p. 65. **765**

CE, 9 mars 2018, n° 405355, Communauté de communes du Pays roussillonnais, rec. T. 532. **450, 579**

CE, 9 mars 2018, n° 401386, Communauté d'agglomération du pays ajaccien, rec. T. 532. **447, 493**

CE, 9 mars 2018, n° 407516, Société ENEDIS et autres, rec. T. 776. **867, 1134**

CE, avis, 22 mars 2018, n° 415852, Association Novissen, rec. p. 71. **734**

CE, 28 mars 2018, n° 410552, Me Depreux, agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société imprimerie Georges frères c/ M. Monier, rec. T. 826. **507**

CE, 26 avril 2018, n° 418489, SNRT-CGT France Télévisions, inédite au rec. **135**

CE, 2 mai 2018, n° 391876, OGEC Notre-Dame de Plestin-les-Grèves, rec. T. 712. **492, 499, 508**

CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, Fédérations des finances et affaires économiques de la CFDT, rec. p. 187. **22, 385, 387, 390-398, 405, 406, 806, 844-846, 989, 1072, 1073, 1078, 1081-1083, 1094, 1331**

CE, 18 mai 2018, n° 409638, Mme Musso, inédite au rec. **184**

CE, 30 mai 2018, n° 400912, Mme Schreuer, rec. p. 247. **1040**

CE, 21 juin 2018, n° 408822, Société Pierre Bergé, rec. T. 690. **287**

CE, 4 juillet 2018, n° 393194, Mme Zanda, inédite au rec. **867**

CE, 5 juillet 2018, n° 412721, Commune de Mantes-la-Jolie, rec. T. 578. **840**

CE, avis, 26 juillet 2018, n° 419204, M. Beaumont, rec. p. 322. **975**

CE, 26 juillet 2018, n° 416831, Association Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambrésis, rec. p. 327. **835**

CE, 26 juillet 2018, n° 418298, Conseil régional de l'ordre des architectes de Bretagne, rec. T. 560. **97**

CE, 22 octobre 2018, n° 406746, M. Dessailly et autres, rec. T. 593. **856**

CE, 22 octobre 2018, n° 412768, M. Barnat, rec. T. 554. **855**

CE, 9 novembre 2018, n° 420654, Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V., rec. p. 407. **923**

CE, 9 novembre 2018, n° 409872, Valière, rec. T. 532. **444-447, 495-497**

CE, 28 novembre 2018, n° 379677, CGT-FO, inédite au rec. **1134**

CE, 3 décembre 2018, n° 409667, Ligue des droits de l'homme, rec. p. 434. **290**

CE, sect., 21 décembre 2018, n° 409678, Sté Eden, rec. p. 468. **783, 785, 980**

CE, 31 décembre 2018, n° 413123, M. Paris, inédite au rec. **184**

CE, 13 février 2019, n° 425568, Société Active immobilier et EURL Donimmo, rec. T. 918. **891**

CE, sect., 15 février 2019, n° 401384, Commune de Cogolin, rec. p. 26. **571, 732, 776**

CE, 18 février 2019, n° 414233, Commune de l'Houmeau, rec. T. p. 1066. **1078**

CE, 27 février 2019, n° 418950, M. Law-Tong, rec. p. 41. **346, 442**

CE, 15 mars 2019, n° 413584, S.A. gardéenne d'économie mixte, rec. p. 63. **761**

CE, 18 mars 2019, n° 417270, Jounda Nguégoh, rec. p. 67. **449, 498, 499, 515, 519**

CE 17 juin 2019, n° 418512, Association FNATH et autres, rec. T. 519. **1134, 1169**

CE, 17 juin 2019, n° 413097, Centre Hospitalier de Vichy, rec. p. 214. **372, 451**

CE, 28 juin 2019, n° 424368, Office français de l'immigration et de l'intégration, rec. p. 576. **1159**

CE, 12 juillet 2019, n° 424600, Fédération nationale des chasseurs, rec. T. 844. **853**

CE, 24 juillet 2019, n° 423417, Mme Maamir, inédite au rec. **855**

CE, 24 juillet 2019, n° 416818, Mme Fastrez, rec. T. 534. **853**

CE, 24 juillet 2019, n° 418061, Mme Fargetton, rec. T. 546. **853**

CE, 24 juillet 2019, n° 411004, Commune de la Chapelle-Saint-Luc, rec. T. 592. **840**

CE, 24 juillet 2019, n° 430773, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis 86 à 94 rue Gutenberg, inédite au rec. **713**

CE, sect., 19 juillet 2019, n° 424216, Association des Américains Accidentels, rec. p. 296. **22, 644, 656, 696, 765, 787, 790, 806, 954, 989, 991-997, 1094, 1140**

CE, 31 juillet 2019, n° 428530, La Cimade et autres, rec. p. 334. **1123, 1308**

CE, 16 octobre 2019, n° 419756, Tepelian, rec. T. 901. **292**

CE, 29 novembre 2019, n° 429248, Procureur de la République de Marseille, rec. T. 542. **444, 504.**

CE, 29 novembre 2019, n° 411145, M. Boumrar, rec. p. 399. **504**

CE, 29 novembre 2019, n° 426372, Mme Megueddem, rec. p. 400. **504**

CE, 16 décembre 2019, n° 396001, Société Allianz IARD, rec. T. 528. **1134**

CE, 20 décembre 2019, n° 419993, Communauté de communes de Sélestat, rec. T. 822. **342**

CE, 31 décembre 2019, n° 397315, 397152, 397137, 397134, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), inédite au rec. **1115, 1134**

CE, 31 décembre 2019, n° 429715, Syndicat UATS-UNSA, rec. T. 806. **132**

CE, 30 janvier 2020, n° 426346, M. Robert, rec. T. 920. **891**

CE, 7 février 2020, n° 428625, Mme Guillaume, rec. T. 584. **855**

CE, 10 février 2020, n° 429343, M. Maillard, rec. T. 890. **507**

CE, 28 février 2020, n° 433886, M. Stassen, rec. p. 62. **645, 696, 990-997**

CE, 2 mars 2020, n° 422651, M. Henocq et autres, rec. T. 586. **644**

CE, 11 mars 2020, n° 423164, Société Eqiom, rec. T. 854. **777**

CE, sect., 13 mars 2020, n° 435634, Société Hasbro European Trading BV, rec. p. 94. **585 et s.,**

CE, 27 mars 2020, n° 426291, M. Le Monnier et autres, rec. p. 164. **231**

CE, 3 avril 2020, n° 426941, Association la Demeure Historique, rec. T. 768. **889**

CE, ord., 4 avril 2020, n° 439905, Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe, rec. T. 740. **135**

CE, 3 juin 2020, n° 414018, Association des amis du banc d'Arguin du bassin d'Arcachon, rec. T. 854. **856, 868**

CE, 3 juin 2020, n° 426932, Département de la Loire-Atlantique, rec. T. 842. **235**

CE, 17 juin 2020, n° 437590, M. Allemand, rec. T. 582. **571**

CE, 10 juillet 2020, n° 430769, M. Veillepeau, rec. T. 552. **567**

CE, 13 juillet 2020, n° 422471, M. Wauquier, rec. T. 894. **340**

CE, 25 septembre 2020, n° 430945, SCI La Chaumière, rec. p. 322. **447, 510**

CE, sect., avis, 2 octobre 2020, n° 438318, Barrieu, rec. p. 337. **756, 765, 775**

CE, 12 octobre 2020, n° 429185, Société Château Chéri, rec. T. 576. **449, 515, 516**

CE, ass., 16 décembre 2020, n° 440258, Fédération CFDT des Finances, rec. p. 467. **1015**

CE, 17 décembre 2020, n° 430592, Ministre de la transition écologique et solidaire, rec. T. 948. **1178**

CE, 17 décembre 2020, n° 432561, SCCV Lapeyre, rec. T. 958. **756**

CE, 18 décembre, 2020, n° 436605, Gatibelza, rec. p. 500. **456**

CE, 31 décembre 2020, n° 430925, M. Potier, rec. T. 886. **117**

CE, 17 mars 2021, n° 436073, Mme Venturin, rec. T. 679. **732**

CE, 19 mai 2021, Commune de Rémire-Montjoly, n° 435109, rec. T. 866. **665, 676**

CE, 24 mars 2021, n° 428462, Giret, rec. T. 496. **1082**

CE, 6 juin 2021, n° 445150, Delsol, inédite au rec. **113**

CE, 8 juillet 2021, n° 452731, Association Pass Las 21 Besançon, rec. p. 214. **1126**

CE, 9 juin 2021, n° 438047 et 438054, Conseil national des barreaux, rec. T. 778. **934**

CE, 9 juillet 2021, n° 437634, Commune de Grabels, rec. p. 224. **703, 773, 1121, 1185**

CE, 20 juillet 2021, n° 443346, Société Espelia, rec. T. 776. **235**

CE, 23 septembre 2021, n° 440037, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, rec. T. 678. **1161**

CE, 4 octobre 2021, n° 448651, SA Ceetrus France, rec. p. 284. **398**

CE, 6 octobre 2021, n° 442182, Société Marésias, rec. p. 296. **756**

CE, 14 octobre 2021, n° 441415, M. Perinet, rec. T. 850. **184, 248**

CE, 9 novembre 2021, n° 440028, Société civile Lucien Viseur, rec. T. 978. **713**

CE, sect., 19 novembre 2021, n° 437141, Association des avocats ELENA France et autres, rec. p. 332. **22, 645, 740, 954, 989, 991-997, 1091, 1094, 1132**

CE, 24 novembre 2021, n° 437375, Société Dai Muraille, rec. T. 971. **974**

CE, 25 novembre 2021, n° 454466, Collectivité de Corse, rec. p. 351. **761**

CE, 31 janvier 2022, n° 455122, Association La Sphinx. **169**

CE, 3 février 2022, n° 446411, M. Radnasingham. **572**

CE, 3 février 2022, n° 454046, Ministre de l'intérieur c. M. F.... **311**

CE, avis, 3 févr. 2022, n° 457527, Sté Osiris Sécurité Run. **340**

CE, 14 février 2022, n° 431760. **1021**

CE, 16 février 2022, n° 420554 et 420575, Société MSE La Tombelle, rec. T. 613. **764**

CE, 28 mars 2022, n° 454341, Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development. **761**

CE, 31 mars 2022, n° 453904, Département du Val-d'Oise, rec. p. 61. **519, 567**

CE, 7 avril 2022, n° 448296, GISTI. **1126**

CE, 12 avril 2022, n° 452601, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas. **342**

CE, 21 juillet 2022, n° 437634, Commune de Grabels, rec. p. 224. **703**

CE, sect., 26 juillet 2022, n° 437765, Mme Vincler. **756**

CE, sect. 26 juillet 2022, n° 449040, UNSA Fonction publique. **1015**

Tribunaux administratifs, cours administratifs d'appel

- TA Orléans, 23 février 1982, Maiseries de Beauce. **1098**
- TA Versailles, 23 octobre 1997, n° 97-2625 et n° 97-3776, Société Plastic Omnium. **203**
- TA Lyon, form. plén., 9 décembre 1998, n° 9703703, M. Masson. **887**
- CAA Lyon, 21 décembre 2000, n° 99LY00668, ANPE c/ M. Masson. **887**
- CAA Nantes, 3 février 2004, n° 00NT01005, Ville de Rennes. **89**
- CAA Bordeaux, 7 décembre 2004, n° 99BX00789, Filliatre. **470**
- CAA Douai, 18 janvier 2005, n°02DA01044, Société civile d'exploitation agricole Leprince. **670**
- CAA Paris, 20 juin 2005, n° 04PA03625, M. et Mme E. **670**
- CAA Nantes, 28 novembre 2005, n° 03NT00335, SAS Giraud Ouest c/Ministre de l'industrie et des finances. **670**
- CAA Nancy, 1^{er} décembre 2005, n° 01NC00690, Gelin. **1029**
- CAA Lyon, 9 mai 2006, n° 01LY01986, Centre hospitalier universitaire de Grenoble. **670**
- TA Amiens, 28 septembre 2006, n° 0402257. **670**
- TA Toulouse, 23 janvier 2007, n° 04588. **670**
- TA Dijon, 6 mars 2007, n° 0502124. **670**
- CAA Lyon, 6 juillet 2007, n° 02LY01377, ANPE. **670**
- CAA Lyon, 10 juin 2008, n° 07LY02144, Chiarelli. **1029**
- CAA Versailles, 19 juin 2008, n° 07VE0440, Commune de Brières-les-Scellés. **1178**
- CAA Bordeaux, 3 février 2009, n° 08BX00890, Association de défense de l'environnement Vent de la Gartempe. **167**
- TA Amiens, 28 mai 2009, n° 0602049, Association de défense de l'environnement des riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé. **1178**
- CAA Lyon, 10 juillet 2009, n° 07LYO1537. **1185**
- TA Nîmes, 18 septembre 2009, n° 0700470. **558**
- CAA Marseille, 3 octobre 2009, n° 08MA03969, SAS Regie Network Languedoc. **1275**
- CAA Lyon, 29 juin 2010, n° 09LY02176, Payerne. **1120**
- TA Lille, 27 janvier 2011, n° 1001030, Association « les 2sous du Grand Stade ». **694**
- CAA Douai, 19 juillet 2011, n° 09DA00698. **1185**
- CAA Nancy, 22 septembre 2011, n° 10NC01569. **678**
- CAA Paris, plén., 13 octobre 2011, n° 09PA01620, M. Zannier. **435**
- CAA Nancy, 25 juin 2012, n° 11NC01258. **1185**
- TA Rouen, 18 juin 2013, n° 1100244, Association Bihorel avec vous. **1178**

CAA Versailles, 13 mars 2014, n° 13VE01699, Commune de Noisy-le-Grand. **862**

CAA Marseille, 9 juillet 2014, n° 12MA04870, M. et Mme Amiel. **839**

CAA Paris, 29 janvier 2015, n° 13PA04740, Mamère et de Ruggy. **113**

CAA Lyon 17 février 2015, n° 13LY03373. **180**

CAA Marseilles, 26 juin 2015, n° 14MA00177, SARL Sosogood. **75**

CAA Nantes, 24 juillet 2015, n° 14NT00594, FNSEA.

CAA Lyon, 14 juin 2016, n° 14LY02208, Mme M. épouse K. **660**

CAA Versailles, 3 novembre 2016, n° 15VE02736, Association Les Trois Tilleuls et autres. **1178**

TA Paris, 10 novembre 2016, n° 1513297, M. et Mme Nabih. **492**

CAA Paris, 8 décembre 2016, n° 15PA00102, Commune de Saint-Thibault-des-Vignes. **1178**

CAA Paris, 24 mai 2017, n° 14PA05294, FNSEA. **1135, 1178**

CAA Bordeaux, 30 mai 2017, n° 16BX02611, FNSEA. **1136, 1178**

CAA Bordeaux, 17 juillet 2017, n° 15BX01573, Société Philippe Védiaud Publicité. **761**

CAA Bordeaux 14 novembre 2017, n° 17BX01721, Société Crus et châteaux du Sud-Ouest. **1134**

TA Cergy-Pontoise, 28 novembre 2017, n° 1604956, EURL MKM. **372**

CAA Bordeaux, 30 novembre 2017, n° 15BX01869, Confédération pour les entrepreneurs et la préservation du Bassin d'Arcachon. **891**

CAA Nancy, 28 décembre 2017, n° 16NC01207 et n° 16NC01209, Ordre des architectes de Lorraine. **234**

CAA Paris, 29 décembre 2017, n° 17PA02272, Société Direct Energie. **372**

CAA Nantes, 2 février 2018, n° 17NT01380, Mme Cherest-Lancesseur et autres. **853**

CAA Douai, 19 juin 2018, n° 16DA00402, Groupe hospitalier public du sud de l'Oise. **508**

TA Melun, 5 juillet 2018, n° 1501357, Mme B. **372**

CAA Douai, 27 août 2018, n° 16DA01870, Cne d'Ory-la-Ville. **181**

CAA Bordeaux, 27 septembre 2018, n° 18BX00270, Mme A. **492**

CAA Bordeaux, 27 septembre 2018, n° 18BX00271, SA Orange. **492, 499**

CAA Marseille, 2 octobre 2018, n° 17MA01989, Mme D. **492**

CAA Lyon, 11 octobre 2018, n° 18LY01362, Mme Bangoura. **499**

CAA Lyon, 15 novembre 2018, n° 16LY01631, Mme D.-B. **492**

CAA Paris, 23 octobre 2018, n° 18PA02668, M. D. **499**

CAA Marseille, 9 novembre 2018, n° 17MA02286, SCI Marine et autres. **855, 856**

CAA Nantes, 29 octobre 2018, n° 17NT02375, M.  **499**

TA Lyon, 31 janvier 2019, n° 1709083, Association des contribuables actifs du lyonnais. **231**

CAA Bordeaux, 15 février 2019, n° 16BX01328, Société Pax 2010. **230**

CAA Paris, 19 février 2019, n° 17PA01708, Mme Roussel. **508**

CAA Lyon, 21 mars 2019, n° 18LY01427, SCI La Chaumière. **510**

CAA Nantes, 2 avril 2019, n° 18NT00544. **510**

CAA Bordeaux, 29 avril 2019, n° 18BX01540, Syndicat des personnels du SDIS-971-FO. **982, 1123**

CAA Marseille, 6 mai 2019, n° 18MA01185, Société Sanicorse c/ communauté d'agglomération du pays ajaccien. **499**

TA Cergy-Pontoise, 9 mai 2019, n° 1700610, M. D. **513**

CAA Paris, 20 juin 2019, n° 18PA00990, Colin. **514**

CAA Bordeaux, 25 juin 2019, n° 17BX02609, Mme D. **492**

CAA Paris, 12 juillet 2019, n° 18PA03025, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA). **1216**

CAA Paris, 12 juillet 2019, n° 19PA00602, Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services de Paris. **1116**

CAA Lyon, 17 octobre 2019, n° 18LY02378, M. Kebe. **499**

CAA Lyon, 7 novembre 2019, 17LY02339, Wentzinger c/ Ministère de l'éducation nationale. **509**

CAA Marseille, 7 décembre 2019, n° 17MA02398, M. Giacometti. **492**

CAA Marseille, 19 décembre 2019, n° 18MA05367 et n° 18MA05368, CHRU de Montpellier. **499**

CAA Bordeaux, 19 mai 2020, n° 19BX03442, Association Nature Environnement 17 et autres. **1121, 1136, 1178**

CAA Paris, 23 juin 2020, n° 18PA01240, Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services. **1116**

CAA Nantes, 8 janvier 2021, n° 19NC04628, Communauté de communes Domfront Tinchebray Interco. **1123**

CAA Lyon, 11 février 2021, n° 19LY01790, Université de Lyon. **1123**

TA Lille, 7 avril 2021, n° 1706788. **11134**

TA Toulouse, 20 mai 2021, n° 1902329, Collectif des riverains de l'avenue de la République et la route de Toulouse à Cornebarrieu et autres. **1120**

TA Poitiers, 15 juillet 2021, n° 2001892, Ligue contre la violence routière. **1123**

CAA Lyon, 7 octobre 2021, n° 21LY00022, Société Majolane de Construction. **451**

CAA Lyon 9 novembre 2021, n° 19LY03589, Presti. **1120**

TA Guyane, 16 décembre 2021, n° 2100900, La CIMADE. **1117**

CAA Paris, 17 décembre 2021, n° 21PA03772, Ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion c/ FNSCBA-CGT. **1123**

CAA Paris, 22 décembre 2021, n° 20PA03835, Société Supvêto IPAM. **1123**

CAA Bordeaux, 15 février 2022, n° 21BX02287, Toulouse Métropole. **1120**

CAA Toulouse, 12 mai 2022, n° 19TL01569, M. B... E. **757**

Conseil constitutionnel

CC, 24 juin 1959, n° 59-2 DC, Règlement de l'Assemblée nationale. **982**

CC, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie. **1063**

CC, 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, Loi portant amnistie. **1064**

CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. **37**

CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction. **357, 392, 1083**

CC, 9 avril 1996, n° 96-373 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française. **37**

CC, 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC. **1098**

CC, 18 juin 2008, n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés. **1115**

CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. **1215**

CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres [Garde à vue]. **1210**

CC, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [adoption par une personne seule]. **409**

CC, 6 octobre 2010, n° 2010-45 QPC, M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]. **1115**

CC, 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau [imposition due par une société agricole]. **409**

CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]. **854**

CC, 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]. **1153**

CC, 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, Association Vivraviry [Recours des associations]. **167, 169**

CC, 24 octobre 2012, n° 2012-656 DC, Loi portant création des emplois d'avenir. **1098**

CC, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi. **1098**

CC, 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC, Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]. **528**

CC, 18 octobre 2013, n° 2013-349 QPC, Sociétés Allianz IARD. **1063**

CC, 29 décembre 2013, n° 2013-685 DC, Loi de finances pour 2014. **1064**

CC, 6 juin 2014, n° 2014-397 QPC, Commune de Guyancourt [Fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France]. **1115**

CC, 24 février 2017, n° 2016-612 QPC, SCI La Hyéroise. **1064**

CC, 19 octobre 2018, n° 2018-741 QPC, M. Belkacem B. [Délai de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière]. **283**

CC, 26 octobre 2018, n° 2018-743 QPC, Société Brimo de Laroussilhe [Inaliénabilité et imprescriptibilité des biens du domaine public]. **286**

CC, 24 mai 2019, n° 2019-785 QPC, M. Mario S. **273**

CC, 28 juin 2019, n° 2019-794 QPC, Union syndicale des magistrats administratifs et autre [Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire]. **845**

CC, 27 septembre 2019, n° 2019-805 QPC, Union de défense active des forains [Obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles]. **284**

CC, 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC, M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]. **1015**

CC, 1^{er} avril 2022, n° 2022-986 QPC, Association La Sphinx, [Recours des associations contre les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation des sols]. **169**

Tribunal des conflits

TC, 20 octobre 1997, n° 03032, Albert. **1044**

TC, 17 octobre 2011, n° C3828, SCEA du Chéneau. **1218**

Cour de cassation

Cass., chambre des requêtes, 3 août 1915, 00-02.378. **152**

Cass. Com., 19 mai 1953, Société La Ruche Picarde. **1162**

Cass. Civ. 1^{re}, 23 octobre 1962, ONIC. **976, 1162**

Cass. Crim., 26 janvier 1984, n° 83-94.425. **288**

Cass. 1^e Civ. 19 juin 1985, Office national de la chasse. **1062**

Cass. Com, 1^{er} décembre 1987. **1162**

Cass. Soc., 7 décembre 1993, Cie nationale Air France c/ Mme Rabussier. **1062**

Cass. Soc., 6 juin 2000, n° 98-20.304, Frantour. **528**

Cass. Civ. 2, 14 décembre 2000, n° 98-22.427. **274**

Cass. Civ. 1, 9 octobre 2001, n° 00-14.564. **527**

Cass. Crim., 30 janvier 2002, n° 01-82593. **527**

Cass. 2^e Civ., 8 juillet 2004, 01-10.426. **546**

Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493. **546**

Cass. com., 13 novembre 2007, n° 05-13.248. **547**
Cass. Civ. 1, 11 juin 2009, n° 08-16.914. **527**
Cass. Crim., 19 octobre 2010, 10-82.306. **1211**
Cass. Crim., 19 octobre 2010, 10-85.051. **1211**
Cass. Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.902. **1211**
Cass. Civ., Ch. Com., 26 octobre 2010, 09-68.928. **547**
Cass. 3^e Civ., 17 juin 2011, n° 11-40.14. **251**
Cass. Civ. 1^e, 9 avril 2013, n° 11-27.071. **1214**
Cass. Crim., 22 janvier 2014, 12-88.042. **161**
Cass. 1^e Civ. 6 avril 2016, n° 15-10.552. **546**
Cass. Crim., 20 avril 2017, n° 15-86.227. **1214**

Autres juridictions judiciaires

TI Lille, 15 juillet 1982, Roquettes Frères. **1098**
CA Paris, 9 novembre 2012, n° RG 09/13088. **161**

Juridictions européennes

Cour EDH – Commission EDH

CEDH, 27 juin 1968, n° 1936/63, Neumeister c/ Autriche. **466**
CEDH, 21 février 1975, 4451/70, Golder c/ Royaume-Uni. **38**
CEDH, 25 avril 1978, n° 5856/72, Tyrer. **539**
CEDH, 28 juin 1978, n° 6232/73, König c/ Allemagne. **466**
CEDH, plén., 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/ Belgique. **539, 542, 543, 1204, 1205**
CEDH, 27 avril 1988, 9659/82, 9658/82, Boyle et Rice c/ Royaume-Uni. **39**
CEDH, 19 février 1991, n° 11804/85, Manzoni c/ Italie. **466**
CEDH, 27 novembre 1991, n° 12325/86, Kemmache c/ France. **466**
Commission EDH, 30 juin 1992, n° 17750/91, R. c/ Allemagne. **1205**
CEDH, 16 décembre 1992, n° 12964/87, Geouffre de la Pradelle c/ France. **268**
Commission EDH, 18 octobre 1995, n° 22651/93, J.R. c/ Allemagne. **1205**
CEDH, 22 octobre 1996, n° 22083/93 et 22095/93, Stubbings et autres c/ Royaume-Uni. **255, 268**
CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, Hornsby c/ Grèce. **1205**
CEDH, 25 mars 1999, n° 25444/94, Pélissier et Sassi c/ France **466**
CEDH, 25 janvier 2000, n° 38366/97, Miragall Escolano et a. c/ Espagne. **268, 298, 498**

CEDH, 16 mars 2000, n° 33916/96, Walden c/ Liechtenstein. **1205**

CEDH, 26 octobre 2000, n° 30210/96, Kudla c/ Pologne. **467, 471**

CEDH, 17 juillet 2001, n° 39288/98, Ekin c/ France. **467**

CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni. **543**

CEDH, 6 novembre 2003, n° 63343/00, Roshka c/ Russie. **1205**

CEDH, 15 octobre 2005, n° 35009/02, Maillard c/ France. **153, 154**

CEDH, 27 novembre 2008, n° 36391/02, Salduz c/ Turquie. **1210, 1211**

CEDH, 18 décembre 2008, n° 20153/04, Unedic c/ France. **542, 543**

CEDH, 13 octobre 2009, n° 7377/03, Dayanan c/ Turquie. **1210**

CEDH, 14 octobre 2010, n° 1466/07, Brusco c/ France. **1210**

CEDH, 30 novembre 2010, n° 23614/08, Henry Urban et Ryszard Urban c/ Pologne. **1205**

CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, Legrand c/ France. **542, 581, 1222**

CEDH, 6 février 2018, n° 76186/11, Chessa c/ France. **1206**

CEDH, 21 septembre 2021, n° 41994/21, Zambrano c/ France. **153**

Juridictions de l'Union européenne / des Communautés européennes

CJCE, 11 février 1955, aff. 3/54, ASSIDER c/Haute Autorité de la CECA. **976**

CJCE, 12 juillet 1957, aff. 7/56, 3/57 à 7/57, Algera et a. **460, 461**

CJCE, 17 décembre 1959, aff. 14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité. **1085**

CJCE, 15 juillet 1960, aff. 24/58 et 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France. **419**

CJCE, 12 juillet 1962, aff. 14/61, Hoogovens. **461**

CJCE, 16 décembre 1963, aff. 14/63, Forges de Clabecq SA c/ Haute Autorité. **78**

CJCE, 18 février 1964, aff. C-73 et 74/63 Internationale Crediet- en Handelsvereniging Rotterdam e.a. / Minister van Landbouw en Visserij. **1036**

CJCE, 16 décembre 1964, aff. 109/63, Müller c/ Commission. **1007**

CJCE, 17 juin 1965, aff. 43/64, Müller c/ Conseils CEE-CEEA et CECA. **1007**

CJCE, 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, Schwarze. **1050**

CJCE, 13 juillet 1966, aff. 32/65, Italie c/ Commission, rec. p. 563, spec. p. 594. **377**

CJCE, 15 décembre 1966, aff. 34/65, Mosthaf. **266**

CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma. **267, 424, 463**

CJCE, 10 juin 1971, aff. 59/70, Pays-Bas c/ Commission. **417**

CJCE, 6 juillet 1971, aff. 59/70, Pays-Bas c/ Commission. **266**

CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI). **463**

CJCE, 14 juillet 1972, Geigy. **463**

CJCE, 15 mars 1973, aff. 37/72, Marcato. **904**

CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, Commission c/ Conseil. **1131**

CJCE, 12 juillet 1973, aff. 28/72, Tontodonati. **1007**

CJCE, 11 décembre 1973, aff. C-120/73, Lorenz GmbH / Bundesrepublik Deutschland e.a. **464**

CJCE, 21 février 1975, aff. 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, Schots Kortner. **1060**

CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, Gabrielle Defrenne c/ Sté Sabena. **536, 541, 542, 1108, 1144**

CJCE, 19 octobre 1977, aff. 117/76, Ruckdeschel et Ströh. **1085**

CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal. **355, 405, 1227**

CJCE, 12 octobre 1978, aff. 156/77, Commission c/ Belgique. **363**

CJCE, 13 février 1979, aff. 24/78, Martin c/ Commission. **1026**

CJCE, 6 mars 1979, aff. 92/78, Simmenthal. **351, 355**

CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, Denavit Italiana. **534, 542, 1097, 1108, 1226**

CJCE, 15 octobre 1980, aff. 145/79, Roquette Frères, aff. 4/79, Providence agricole de Champagne, aff. 109/79, Maïseries de Beauce. **1045, 1051, 1097, 1145**

CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, International Chemical Corporation. **1051, 1067**

CJCE, 28 octobre 1981, aff. 275/80, Krupp c/ Commission. **377**

CJCE, 29 octobre 1980, aff. 138/79, SA Roquette Frères c/ Conseil des Communautés européennes. **542, 905**

CJCE, 3 mars 1982, aff. C-14/81, Alpha Steel. **461**

CJCE, 26 mai 1982, aff. C-44/81, République fédérale d'Allemagne et Bundesanstalt für Arbeit c/ Commission. **424**

CJCE, 30 juin 1983, aff. 85/82, Bernhard Schloh c/ Conseil des Communautés européennes. **904, 905**

CJCE, 14 juillet 1983, aff. C-144/82, Detti. **1026**

CJCE, 30 mai 1984, aff. C-224/83, Vittoria c/ Commission. **309**

CJCE, 27 février 1985, aff. C-112/83, Société des produits de maïs. **963**

CJCE, 26 novembre 1985, aff. 42/85, Cockerill-Sambre. **478**

CJCE, 26 mars 1986, aff. 45/86, Commission c/ Conseil. **102**

CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement. **347**

CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, Marguerite Johnston. **39**

CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, AKZO Chemie. **76**

CJCE, 3 juillet 1986, aff. 34/86, Conseil c/ Parlement. **1176**

CJCE, 6 juillet 1986, aff. C-236/86, Dillinger Hüttenwerke AG c/ Commission. **321, 492**

CJCE, 26 février 1987, aff. C-15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo. **461**

CJCE, 2 février 1988, aff. 24/86, Blaizot c/ Université de Liège e.a. **543**

CJCE, 8 mars 1988, aff. 125/87, Brown. **1007**

CJCE, 29 juin 1988, aff. 300/86, Van Landschoot. **1051, 1085**

CJCE, 14 juillet 1988, aff. 33/86, Stahlwerke Peine-Salzgitter et autres c/ Commission. **982**

CJCE, 27 septembre 1988, aff. 51/87, Commission c/ Conseil. **8, 1108**

CJCE, 28 février 1989, aff. 201/87, Cargill. **1053**

CJCE, 22 juin 1989, aff. 103/88, Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano. **1072**

CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group. **1226**

TPICE, 5 décembre 1990, aff. T-82/89, Marcato c/ Commission. **1026**

CJCE, 7 juillet 1992, aff. 295/90, Parlement c/ Conseil. **1176**

CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Legros. **543**

CJCE, 3 décembre 1992, aff. 97/91, Oleificio Borelli SpA c/ Commission. **39**

CJCE, ord., 8 mars 1993, aff. C-123/93. **78**

CJCE, 6 juillet 1993, aff. C-242/90, Alessandro Albani c/ Commission. **1026**

CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH. **355, 405**

CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-57/93, Vroege. **543**

CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-320-92, Società Finanziaria Siderurgica Finsider SpA c/ Commission. **628**

CJCE, 15 décembre 1994, aff. C-195/91, Bayer. **343**

TPICE, 29 juin 1995, aff. T-32/91, Solvay/Commission. **904**

CJCE, 11 août 1995, aff. C-367/93 à C-377/93, Roders. **543**

CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, Bosman. **543**

TPICE, 5 juin 1996, aff. T-75/95, Gunzler Aluminium c/ Commission. **627**

CJCE, 7 mars 1996, aff. 360/93, Parlement c/ Conseil. **1108**

CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-241/95, The Queen. **355**

CJCE, 9 janvier 1997, aff. C-143/95, Commission c/ Socurte e.a. **310**

CJCE, 18 mars 1997, aff. C-282/97, Guérin automobiles c/ Commission. **464**

TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95, T-18/96, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK), Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK). **464**

CJCE, 26 avril 1988, aff. 96/86, Asteris c/Commission. **977**

CJCE, 14 mai 1998, aff. C-48/96, Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG c/ Commission. **321**

CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-185/95 P, Baustahlgewebe / Commission. **476**

CJCE, 5 mars 1999, aff. C-153/98, Guérin automobiles EURL c/ Commission. **314**

TPICE, 20 mai 1999, aff. T-220/97, H & R Ecroyd Holdings Ltd. **1085**

CJCE, 14 septembre 1999, aff. C-310/97, AssiDomän Kraft Products AB. **1001, 1004**

TPICE, 24 février 2000, aff. T-145/98, ADT Projet c/ Commission. **314**

TPICE, ord., 30 mars 2000, aff. T-33/99, Mendez Pinedo. **474**

CJCE, 6 avril 2000, aff. C-287/95 et 288/95, Commission des Communautés européennes contre Solvay SA. **904**

CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-276/97, Commission c/ France. **463**

CJCE, 5 octobre 2000, aff. 432/98, Chvatal et Losch. **1060**

CJCE, 5 octobre 2000, aff. 434/98, Busacca. **1060**

TPICE, 6 mars 2001, aff. T-192/99, Dunnett e.a. c/ BEI. **422, 423, 474, 476**

TPICE, 24 avril 2001, aff. T-159/98, Torre e.a. c/ Commission. **78**

CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, Grzelcyk. **543**

CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-228/99, Silos. **1053**

CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99, Griesmar. **1123**

TPICE, ord., 11 décembre 2001, aff. T-20/01, Maria Concetta Cerafogli e. a. c/ Banque centrale européenne. **422**

CJCE, 15 octobre 2002, aff. C-238/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission. **463**

TPICE, ord., 6 décembre 2002, aff. T-275/02, D. c/ BEI. **474, 506**

CJCE, 25 septembre 2003, aff. C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH e. a. c/ Commission. **420**

TPICE, ord., 25 mai 2004, aff. T-264/03, Schmoldt. **303**

TPICE, 28 septembre 2004, aff. T-310/00, MCI c/ Commission. **76**

CJCE, 5 octobre 2004, aff. C-475/01, Commission c/ Grèce. **1076**

TPICE, 5 octobre 2004, aff. T-144/02, Eagle. **465**

TPICE, 6 octobre 2005, aff. T-22/02, Sumitomo Chemical. **260**

CJCE, 24 mai 2005, aff. C-244/03, France c/ Parlement et Conseil.

TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02, Olsen / Commission. **984**

TPIUE, 21 octobre 2010, aff. T-439/08, Kalliope Agapiou Joséphidès. **351**

CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-242-09, Albron Catering. **543**

CJUE, 26 septembre 2013, aff. C-625/11, PPG et SNF c/ ECHA. **303**

CJCE, 18 octobre 2007, aff. C-299/05, Commission c/ Parlement et Conseil. **266**

CJCE, 3 juillet 2008, aff. 215/06, Commission c/ Irlande. **753**

CJCE, ord., 8 novembre 2007, aff. C-421/06, Fratelli Martini. **1085**

CJCE, 11 décembre 2008, aff. C-295/07, Commission c/ Département du Loiret et Scott SA. **984**

TPIUE, 28 janvier 2009, aff. T-125/06, Centro Studi Antonio Manieri Srl. **343**

TPIUE, 4 février 2009, aff. T-145/06, Omya c/ Commission. **979**

CJUE, 19 novembre 2009, aff. C-314/08, Krzysztof Filipiak contre Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu. **1217**

CJUE, 8 septembre 2010, aff. C-409/06, Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim. **1227-1229, 1233, 1235, 1237, 1240, 1247, 1259**

CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL. **1149**

TPIUE, 22 mars 2011, aff. T-369/07, Lettonie c/ Commission. **102**

CJUE, 28 avril 2011, aff. 61/11, El Dridi. **1076**

CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen Ev. **909**

TPIUE, 15 septembre 2011, aff. T-407/07, CMB Maschinenbau & Handels GmbH et J. Christof GmbH. **343**

CJUE, 22 septembre 2011, C-426/10, Bell & Ross. **478**

CJUE, ord., 10 novembre 2011, aff. C-626/10, Agapiou Joséphidès c/Commission et EACEA. **476**

CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-474/10, Department of the Environment for Northern Ireland c/ Seaport. **1245**

CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-27/09 P, République française c/ People's Mojahedin Organization of Iran. **1076**

TFPUE, 8 février 2012, aff. F-11/11, Bouillez c/ Conseil. **1076**

TPIUE, ord., 14 février 2012, Italie c/ Commission. **1076**

CJUE, gr. ch., 28 février 2012, aff. C-41/11, Inter-Environnement Wallonie. **1232, 1235-1261, 1266, 1275-1289, 1298, 1301, 1306, 1307**

TUE, 19 juin 2012, aff. T-234/11, Arango Jaramillo. **475**

CJUE, 5 septembre 2012, aff. C-355/10, Parlement & Conseil c/ Commission. **1115**

CJCE, 28 novembre 2006, C-414/04, Parlement c/ Conseil. **1172**

CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-490/10, Parlement et Conseil c/ République française et Commission. **1115**

CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, Europese Gemeenschap c/ Otis NV e. a. **39**

CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-619/10, Trade Agency Ltd c/ Seramico Investments Ltd. **39**

CJCE, 18 octobre 2012, aff. C-402/11. **461**

CJUE, 6 décembre 2012, aff. C-441/11, Commission c/ Verhuizingen Coppens. **984**

CJUE, ch. spéciale, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX II, Arango Jaramillo et a. c/ BEI, Europe. **423 et s., 476-479**

CJUE, 19 décembre 2013, aff. C-262/12, Association Vent de colère. **1275**

CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, aff. C-293/12, Digital Rights Ireland Ltd. **1264**

CJUE, 23 octobre 2014, aff. C-359/11, Alexandra Schulz. **1302**

CJUE, 26 novembre 2014, C-103/12 et C-165/12, Parlement européen et Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne. **1172**

CJUE, 29 septembre 2015, C-276/14, Gmina Wrocław. **543**

CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-137/14, Commission c/ Allemagne. **842, 906**

CJUE, 1^{er} décembre 2015, aff. C-124/13, Parlement et Commission c/ Conseil. **1117, 1172**

CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-25/14, UNICE et Beaudout père et fils. **543**

CJUE, 17 mars 2016, C-286/14, Parlement européen c/ Commission européenne. **1172**

CJUE, 28 avril 2016, aff. C-191/14, Borealis Polyolefine GmbH. **1149**

CJUE, 28 juillet 2016, aff. C 379/15, Association France Nature Environnement. **1231, 1235, 1238, 1244, 1245, 1248, 1253, 1255, 1259, 1261, 1266, 1273, 1274, 1278, 1282, 1284, 1285, 1287, 1297-1308**

CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-121/15, ANODE. **1291, 1296, 1302, 1303, 1308**

CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-113/14, Allemagne c/ Parlement et Conseil. **1172**

CJUE, 27 octobre 2016, aff. C-290/15, d'Oultremont e.a. c/ Région wallonne. **1285**

CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-203/15, Tele 2 Sverige AB. **1265**

CJUE, 26 juillet 2017, aff. 196/16, Commune de Corridonia. **753**

CJUE, 20 septembre 2018, aff. C-510/16, Carrefour Hypermarchés SAS. **543**

CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-416/17, Commission c/ France. **1308**

CJUE, 28 mars 2019, C-144/18 P, River Kwai International Food Industry c/ Conseil. **628**

CJUE, gr. ch., 29 juillet 2019, aff. 411/17, Inter-environnement Wallonie ABSL et Bond Beter Leefmilieu Vlanderen ASBL. **1252, 1257, 1259, 1262, 1266, 1270**

CJUE, 25 juin 2020, aff. C-24/19, A e.a. (Eoliennes à Aalter et à Nevele). **1257**

TPIUE, 23 septembre 2020, aff. T-420/17, Portigon / CRU. **1108**

CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, aff. C-511/18, La Quadrature du net et autres. **1263, 1265, 1266**

CJUE, gr. ch., 22 février 2022, aff. C-430/21, RS. **534**

CJUE, gr. ch., 5 avril 2022, aff. C-140/20, Commissioner of An Garda Síochána. **1264**

Juridictions belges

Conseil d'État

- CE (Belgique), 14 novembre 1978, n° 19.250, Janssens. **1006**
- CE (Belgique), 2 septembre 1987, n° 28.435, Belgian corporation of flight hostesses. **361**
- CE (Belgique), 10 juillet 1990, n° 35.435, Wambacq. **1006**
- CE (Belgique), 7 avril 1992, n° 39182, Degandt. **623, 898**
- CE (Belgique), 13 mai 1993, n° 43.010, Walravens. **1008**
- CE (Belgique), 10 septembre 1998, n° 75.712, Ville de Wavre. **1158**
- CE (Belgique), 21 février 2000, n° 85.421, Corvers. **979**
- CE (Belgique), 21 novembre 2001, n° 100.963, État belge. **1109**
- CE (Belgique), 24 septembre 2003, n° 123.338, Lizin. **76**
- CE (Belgique), 27 janvier 2004, n° 127.470, Lebas et consorts. **308**
- CE (Belgique), 21 avril 2004, n° 130.492, SPRL Funérailles Clerdent. **1123**
- CE (Belgique), 29 avril 2004, n° 130.868, S.O.S. Hautrage et environs. **76**
- CE (Belgique), ass. gén., 19 juillet 2004, n° 134.024, Lecocq. **313**
- CE (Belgique), 3 novembre 2004, n° 136.961, Union professionnelle Association belge des médecins spécialistes en médecine physique et réadaptation. **1109**
- CE (Belgique), 21 septembre 2005, n° 149.216, Detry. **1008**
- CE (Belgique), 15 décembre 2005, n° 152.817, Lipman. **73**
- CE (Belgique), 30 octobre 2006, n° 164.258, Somja et al. **1109**
- CE (Belgique), 8 novembre 2006, n° 164.522, Union professionnelle belge des médecins spécialistes en médecine nucléaire et al. **1109**
- CE (Belgique), 16 janvier 2009, n° 186.554, S.A. Electrabel. **77**
- CE (Belgique), 19 mai 2009, n° 193.418, Goslar. **361**
- CE (Belgique), 29 juin 2009, n° 194.803, S.A. Cofinimmo. **85**
- CE (Belgique), 18 décembre 2009, n° 199.085, Debie. **1158**
- CE (Belgique), 27 avril 2010, n° 203.323, De Kempeneer. **1075**
- CE (Belgique), 4 mars 2011 n° 211.807, NVF Industries. **1120**
- CE (Belgique), 13 décembre 2011, n° 216.841, ASBL Association du personnel wallon et francophone des services publics. **1120**
- CE (Belgique), 19 décembre 2011, n° 216928, Syndicat national des propriétaires. **982**
- CE (Belgique), 27 mars 2012, n° 218.641, Levoux. **899**
- CE (Belgique), 26 novembre 2012, n° 221.510, Ville de Namur. **898**
- CE (Belgique), 13 décembre 2012, n° 221.734, Bruloot. **899**
- CE (Belgique), 5 mars 2014, n° 226.605, Martin. **982**

CE (Belgique), 20 mars 2014, n° 226.831, Forys. **77**

CE (Belgique), 7 mai 2015, n° 231.158, S.A. Sagevas et autres. **1109**

CE (Belgique), 28 juillet 2015, n° 232.005, Bertouil. **308**

CE (Belgique), 18 novembre 2015, n° 232.921, Delgoffe. **361**

CE (Belgique), 10 décembre 2015, n° 233.199, Poulain et Ledoux. **85**

CE (Belgique), 25 février 2016, n° 233.920, N.V.I. Pharma. **1109**

CE (Belgique), 20 avril 2016, 234.449, Timperman-Schonberg. **1177**

CE (Belgique), 17 mai 2016, 234.748, Malice. **1177**

CE (Belgique), 22 juin 2016, n° 235.181, S.A. TNT Airways. **899**

CE (Belgique), 8 septembre 2016, n° 235.696, Keris. **361**

CE (Belgique), 19 septembre 2016, n° 235.793, De la Motte Baraffe. **77**

CE (Belgique), 19 janvier 2017, n° 237.106, Pierrard. **75**

CE (Belgique), ass. gén., 20 juin 2017, n° 238.588, S.A. European Air Transport. **901**

CE (Belgique), 11 octobre 2017, n° 239.347, ASBL Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen. **94**

CE (Belgique), 16 novembre 2017, n° 239.886, D'Oultremont et autres c/ Région wallonne. **1285, 1286**

CE (Belgique), 23 novembre 2017, n° 239.951, Van Daelen. **899**

CE (Belgique), 5 janvier 2018, n° 240.354, SA Jette Clean. **896**

CE (Belgique), 28 février 2018, n° 240.831, Majon et SPRL Centre dentaire Meiser. **901**

CE (Belgique), 28 mars 2018, n° 241.141, Vervoort et consorts. **94**

CE (Belgique), ass. gén., 15 janvier 2019, n° 243.406, Van Dooren. **73**

CE (Belgique), 5 avril 2019, n° 244.206. **898**

CE (Belgique), 25 juin 2019, n° 244.948, Dugardin et autres c/ Région wallonne. **1159**

CE (Belgique), 24 juillet 2019, n° 245.229, Ewbank et autres c/ Région wallonne. **1159**

CE (Belgique), 25 octobre 2019, n° 245.927, a.s.b.l. Ligue royale belge pour la protection des oiseaux et consorts. **1304**

CE (Belgique), 27 novembre 2019, n° 246.196, ASBL OXY 15, mon quartier, ma vie. **899**

Cours et tribunaux

T. corr. Charleroi, 7^e ch., 11 février 2011. **1195**

Cass. (Belgique), 4 octobre 2012, C. 11.0630.F. **367**

Cass. (Belgique), 8 janvier 2015, C.13.0546.F/1. **367**

Cass. (Belgique), 24 février 2021, P.20.0963.F. **1161, 1202, 1218**

Cour constitutionnelle

Cour const. belge, 22 juillet 2003 n° 102/2003. **982**

Cour const. belge, 2 avril 2009, n° 64/2009. **982**

Cour const. belge, 22 avril 2010, n° 35/2010. **982**

Cour const. belge, 30 mars 2011, n° 44/2011. **1075**

Cour const. belge, 12 juillet 2012, n° 88/2012. **156**

Cour const. belge, 8 mai 2014, n° 74/2014. **708**

Cour const. belge, 16 juillet 2015, n° 103/2015. **708, 897**

Cour const. belge, 1^{er} décembre 2016, n° 153/2016. **710-712**

Cour const. belge, 5 mars 2020, n° 34/2020. **1256**

Index

A

Abrogation

- par l'administration : 1075, 1080 et s
- contentieuse, par le juge administratif : 22, 358, 386, 464, 644-645, 989 et s., 1091
- par le Conseil constitutionnel : 1015, 1040, 1063, 1066, 1132, 1153, 1215 et s.

Annulation : 739

- conditionnelle : 686 et s., 690 et s., 776 et s., 729 et s.
- effets : 973 et s., 976 et s.
- par voie de conséquence : 1011 et s.
- partielle : 982 et s.

Appréciation dynamique de la légalité : 646 et s., 989

Abus de droit : 152 et s., 482, 488, 938

Action collective : 91, 121 et s.

Associations : 92-94, 162, 189

B

Base légale : 376, 635 et s., 645 et s., 667 et s.

Bilan : 1114 et s.

C

Cause juridique : 783, 884 et s., 888, 892, 979

Contrat : 101, 192, 207, 209, 218 et s., 237, 550, 724, 913

Confiance : 12, 436, 465, 964, 1026, 1097

D

Délai

- de forclusion : 256, 476, 555, 561 et s.
- de prescription : 251, 451, 463, 481, 546, 562 et s.

Délai raisonnable :

- de jugement : 466, 890, 468, 471

- de recours (jurisprudence *Czabaj*) : 431 et s., 440 et s., 473, 487, 491,
- droit de l'Union européenne : 416 et s., 421 et s., 460, 462, 465, 478
- standard : 455 et s.

Déclaration d'illégalité : 357, 362, 395 et s.

- autorité : 1059 et s.
- effets : 1043

Déclaration d'invalidité : 1049, 1067

Déclaration d'inconstitutionnalité : 1039 et s., 1064 et s.

Droit au recours : 36, 40, 93, 264, 272 et s.,

- abus : 153, 188
- des associations : 167
- substance : 571, 577, 578

Droit subjectif : 3, 54 et s., 65, 136, 153, 186, 194, 220 et s., 562 et s., 812, 906

- et moyens d'annulation : 873

E

Environnement : 89, 91, 94, 99, 113, 149, 166, 278, 702, 703, 734, 752, 764, 777 et s., 842, 907, 1242, 1271

Effet utile

- et sanction : 743, 989, 993
- et modulation : 1140, 1149, 1153, 1197, 1220, 1312

Exception d'illégalité : 346 et s., 366, 373

- recevabilité : 349, 442
- urbanisme : 356
- moyens invocables : 385 et s.

F

Frais : 639

G

Garantie procédurale : 632, 651, 675, 821, 830 et s., 851 et s., 1111

- d'ordre public : 754, 761, 780, 899, 919

I

Influence : 651, 750, 830, 865 et s., 897, 951, 1170,

Illégalité externe : 357, 389 et s., 663, 708, 749, 751, 845

Illégalité interne : 605, 754, 782, 793, 800, 1072, 1168, 1267

Incompétence : 48, 62 et s., 386, 398, 793, 838, 899, 1978, 1168

Inexistence : 1046

Inopposabilité du délai de recours : 285 et s., 315, 430, 488 et s., 498

Intérêt au moyen : 924 et s.

Intérêt pour agir : 73 et s.

- des personnes morales : 90 et s.
- qualité : 96, 109 et s.
- urbanisme : 170, 177, 571
- contrats : 224 et s.

J

Jurisprudence : 408, 522 et s., 524, 534, 549

L

Loyauté : 891, 918, 924, 933

M

Mesure d'application : 375 et s., 380, 390

Modulation de la sanction : 1126, 1131

- Critères : 1106, 1110, 1114, 1137
- Effets : 1133, 1135, 1156, 1158
- Limites : 1191 et s., 1226, 1248
- Réserves : 1141, 1142, 1150

Moyens

- inopérants : 406, 623, 625, 806, 822, 1133
- irrecevables : 360, 366, 898, 939

O

Ordre public : 256, 313, 367, 452

Office du juge : 202, 553, 571, 607, 635, 644, , 662, 709, 725, 737 et s., 1143

Q

Question prioritaire de constitutionnalité : 396 et s., 962, 1039 et s., 1153

Question préjudicielle : 199, 367, 443, 1068, 1163, 1273

R

Régularisation :

- Boucle administrative (droit belge) : 705 et s.
- Dispositifs : 695 et s., 671, 702, 717 et s.
- Notion : 625 et s., 659, 680, 682
- Illégalités : 751 et s., 754 et s., 761 et s., 764 et s.

Rétroactivité : 524, 973, 1115

Reviement : 6, 481, 526, 529, 535, 543, 549, 583, 588, 901

S

Stabilité : 10, 11, 12, 17, 106, 391, 431, 926

Sécurité juridique : 5 et s., 9, 11-12, 16, 40, 167, 179, 264 et s., 270, 414 et s., 425, 431 et s., 439, 552, 594, 891, 1033, 1106

U

Utilité : 743

Utilitarisme : 640

V

Validation : 356, 1022, 1078, 1100, 1107, 1131, 1168, 1208, 1310

Validité du contrat : 224, 550, 576, 725, 914, 918, 924

Table des matières

Remerciements.....	7
Droits d'auteurs.....	8
Liste des principales abréviations.....	9
Sommaire.....	13
Introduction.....	15
I. La sécurité juridique, un principe de rationalisation du droit.....	17
II. Le contentieux de la légalité, un champ de l'activité juridictionnelle exposé aux attentes de stabilité.....	22
III. L'intérêt d'une étude de l'influence de la stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité.....	29
Partie I - La stabilité des situations juridiques comme finalité d'une restriction des conditions de recevabilité des recours.....	35
Titre 1 - La stabilité des situations et l'encadrement personnel de l'exercice du recours.....	39
Chapitre 1 - L'intérêt à agir, condition d'une protection minimale de la stabilité des situations juridiques dans un recours largement ouvert.....	43
Section 1 - Le choix de l'ouverture du prétoire.....	44
§ 1 - Le choix de l'intérêt à agir comme condition d'accès au juge de la légalité au cours du « moment 1900 ».....	45
§ 2 - L'interprétation large de l'intérêt à agir comme moyen d'affirmation du recours pour excès de pouvoir en tant qu'instrument de contrôle de légalité.....	53
A - Le libéralisme de la jurisprudence relative à l'appréciation subjective de l'intérêt donnant qualité à agir.....	53
1 - L'identification des caractères de l'intérêt donnant qualité pour agir....	55
2 - L'interprétation généreuse des caractères de l'intérêt donnant qualité pour agir.....	59
B - Le libéralisme de la jurisprudence relative aux présomptions objectives d'intérêt à agir.....	65
Section 2 - Le rejet de l'action populaire.....	68
§ 1 - La persistance d'une conception orthodoxe de l'intérêt à agir des requérants particuliers.....	70
A - L'absence d'intérêt pour agir au titre d'une qualité trop largement partagée.....	70
B - L'absence d'intérêt pour agir au titre d'une qualité trop extensible : le rejet de l'intérêt à agir en qualité de membre du Parlement.....	72
§ 2 - La persistance d'une conception orthodoxe de l'intérêt à agir des personnes morales.....	74
A - Le rejet de l'intérêt à agir des groupements à l'objet excessivement large.....	75
B - L'appréciation de l'intérêt à agir des organisations professionnelles au prisme du principe de spécialité.....	78
Conclusion du Chapitre 1.....	82
Chapitre 2 - L'intérêt à agir, instrument de politiques sectorielles de stabilisation des situations juridiques.....	85
Section 1 - La sécurisation des autorisations d'urbanisme par le renforcement de la condition de l'intérêt à agir en excès de pouvoir.....	86
§ 1 - Le resserrement de l'intérêt à agir comme technique de protection des autorisations d'urbanisme contre les recours abusifs.....	89
A - La difficulté de la restriction des recours abusifs en droit de l'urbanisme.....	89
B - La lutte contre les recours abusifs au moyen de l'encadrement temporel général de l'intérêt à agir des tiers.....	95

§ 2 - Le resserrement de l'intérêt à agir comme technique générale de protection des autorisations d'urbanisme contre les recours des tiers.....	102
A - La consécration législative d'une définition de l'intérêt à agir comme mécanisme de restriction générale de la recevabilité des recours des tiers.	102
B - Le renforcement procédural de la condition de l'intérêt à agir des tiers par la mise en œuvre jurisprudentielle de l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme.....	105
Section 2 - La sécurisation des contrats administratifs par l'exigence d'un intérêt à agir renforcé dans le plein contentieux de la validité.....	109
§ 1 - L'ouverture du prétoire, obstacle au développement du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle.....	110
A - La conciliation de l'ouverture du prétoire et de la stabilité contractuelle par la théorie des actes détachables.....	111
B - L'affaiblissement du principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat lui-même.....	114
§ 2 - La définition d'un nouvel équilibre entre le droit au recours des tiers et la stabilité contractuelle dans le cadre procédural du contentieux de pleine juridiction.....	117
A - La définition progressive de l'intérêt pour agir comme condition de recevabilité du recours ouvert aux tiers au contrat.....	118
B - L'émergence d'une nouvelle conception renforcée de l'intérêt à agir des tiers.....	121
Conclusion du Chapitre 2.....	128
Conclusion du Titre 1.....	131
Titre 2 - La stabilité des situations juridiques et l'encadrement temporel de l'accès au juge.....	133
Chapitre 1 - Le délai pour agir, mécanisme d'encadrement dans le temps de la possibilité de remettre en cause un acte juridique.....	137
Section 1 - Le délai pour agir, instrument procédural de l'équilibre entre la stabilité des situations juridiques et le droit au recours.....	138
§ 1 - L'existence d'un délai pour agir constitue une garantie de sécurité juridique.....	138
§ 2 - Le droit au recours s'accommode de la brièveté des délais pour agir.....	142
§ 3 - Certains mécanismes juridiques peuvent exclure l'existence de délais ou s'opposer à leur déclenchement.....	147
Section 2 - Les modalités de l'encadrement temporel de l'exercice du recours par voie d'action.....	151
§ 1 - Le déclenchement du délai.....	152
A - La condition principale du déclenchement du délai : l'accomplissement objectif des mesures de publicités adéquates.....	152
1 - Le déclenchement du délai de recours à l'encontre des actes généraux.....	153
2 - Le déclenchement du délai de recours à l'encontre des actes individuels.....	156
B - La condition subsidiaire du déclenchement du délai : la connaissance de l'acte.....	160
§ 2 - Le déroulement du délai.....	169
Section 3 - Le contrôle incident de l'acte après l'expiration du délai de recours... ..	173
§ 1 - Les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité, instrument d'un équilibre entre légalité et stabilité adapté en fonction de la nature de l'acte.....	174
A - La légalité privilégiée par la possibilité d'examiner à toute époque la légalité d'un acte réglementaire.....	175
B - La stabilité privilégiée par l'impossibilité d'examiner la légalité d'un acte non réglementaire définitif par voie d'exception.....	179

§ 2 - Les conditions d'opérance de l'exception d'illégalité, instrument d'un équilibre entre légalité et stabilité adapté en fonction de l'illégalité affectant l'acte	185
A - L'exigence classique d'une relation d'application nécessaire à la transmission de l'illégalité de l'acte de base à l'acte contesté au principal...	185
B - Le développement d'une conception « dynamique » de la légalité dans le contrôle par voie d'exception par la limitation de l'invocabilité temporelle des vices de forme et de procédure.....	191
Conclusion du Chapitre 1.....	201
Chapitre 2 - Le délai raisonnable, mécanisme jurisprudentiel de compensation de l'insécurité causée par l'absence de délai textuel.....	204
Section 1 - La consécration prétorienne de délais raisonnables sur le fondement du principe de sécurité juridique.....	206
§ 1 - Le fondement du principe de sécurité juridique.....	207
A - La création de délais raisonnables sur le fondement d'un principe général du droit de l'Union européenne.....	207
B - La création d'une condition de délai raisonnable sur le fondement d'un principe général du droit.....	213
1 - L'invocation du principe de sécurité juridique comme limite d'un dispositif réglementaire d'inopposabilité du délai de recours.....	214
2 - La généralisation de l'exigence du délai raisonnable dans l'intérêt de la stabilité des actes administratifs.....	219
§ 2 - La technique du délai raisonnable.....	227
A - Le standard du délai raisonnable.....	227
1 - La conception flexible du délai raisonnable partagée par les juridictions européennes.....	229
2 - La conception rigide du délai raisonnable au sens de la jurisprudence <i>Czabaj</i>	234
B - Le régime du délai raisonnable de recours.....	240
1 - Le déclenchement du délai raisonnable.....	240
2 - Le déroulement du délai raisonnable.....	248
Section 2 - L'application attentatoire à la sécurité juridique d'une condition de recevabilité imprévisible.....	256
§ 1 - La création jurisprudentielle, une source potentielle d'insécurité juridique	256
A - Une insécurité générée par la rétroactivité de la règle jurisprudentielle.....	257
B - Une insécurité tempérée par la modulation des effets des revirements de jurisprudence.....	261
C - La préservation de la sécurité juridique par la modulation des effets de la jurisprudence administrative.....	269
§ 2 - La jurisprudence <i>Czabaj</i> , une source effective d'imprévisibilité.....	275
A - Un délai de forclusion subsidiaire.....	275
B - Un délai appliqué de manière immédiate.....	278
Conclusion du Chapitre 2.....	288
Conclusion du Titre 2.....	291
Conclusion de la Partie I.....	294
Partie II - La stabilité des situations juridiques comme finalité des évolutions de l'office du juge.....	297
Titre 1 - La stabilité des situations et l'évitement de la sanction.....	299
Chapitre 1 - L'évitement de la sanction par la sauvegarde de l'acte illégal.....	301
Section 1 - La sauvegarde de l'acte par le juge lui-même.....	302
§ 1 - L'existence au sein de l'office du juge de techniques de sauvegarde des actes.....	302

A - L'identification des techniques de sauvegarde relevant de l'office du juge administratif.....	303
B - L'affirmation de la dimension utilitaire de l'office du juge administratif....	309
§ 2 - Une mise en œuvre conditionnée.....	315
A - Les conditions communes à l'ensemble des techniques de sauvegarde.....	315
1 - La neutralité de l'intervention du juge sur la portée de la décision.....	315
2 - L'absence d'une irrégularité irrémédiable par le recours aux techniques de sauvegarde.....	319
B - Les conditions spécifiques aux techniques de substitution.....	322
1 - La préservation des garanties procédurales attachées à la décision initiale.....	322
2 - Le respect du contradictoire.....	324
Section 2 - La sauvegarde de l'acte par l'intervention d'un acte de régularisation.....	327
§ 1 - Le développement d'un pouvoir d'annulation conditionnelle permettant la régularisation d'acte.....	330
A - L'annulation à prononcé conditionnel.....	332
1 - Le développement sectoriel des procédés d'annulation à prononcé conditionnel.....	334
2 - Le contrôle des dispositifs d'annulation à prononcé conditionnel.....	339
B - L'annulation à exécution conditionnelle.....	345
C - L'annulation à neutralisation conditionnelle ou annulation précaire.....	352
§ 2 - La transformation de l'office du juge de la légalité sous l'influence des procédés de régularisation d'acte.....	356
A - Une évolution dans la conception de l'office du juge.....	356
1 - La modification de l'approche du contentieux de la légalité.....	356
2 - L'infléchissement du rapport du juge administratif aux illégalités.....	359
B - Une évolution dans la substance de l'office du juge.....	369
1 - Le choix du recours à la régularisation.....	369
2 - L'adaptation des méthodes du juge.....	372
Conclusion du Chapitre 1.....	377
Chapitre 2 - L'évitement de la sanction par la tolérance des vices de l'acte.....	380
Section 1 - La tolérance des vices affectant la régularité externe de l'acte.....	381
§ 1 - La relativisation conceptuelle de la valeur de la légalité formelle et procédurale.....	381
A - La dissociation du vice d'incompétence et des vices de forme et de procédure.....	381
B - La distinction entre les formes substantielles et non substantielles.....	386
1 - La valorisation finaliste des exigences formalistes.....	386
2 - Une approche réaliste de la légalité externe.....	389
§ 2 - La subjectivisation du contrôle des vices de procédure.....	396
A - La définition d'une grille d'analyse subjective par la jurisprudence <i>Danthy</i>	397
B - Un pragmatisme favorable à la stabilité des situations juridiques.....	406
1 - Le pragmatisme du juge dans l'analyse du vice ayant pour effet de priver d'une garantie les personnes intéressées.....	407
2 - Le pragmatisme du juge dans l'analyse du vice étant susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision.....	413
Section 2 - La tolérance des vices dépourvus d'influence sur la situation du requérant.....	418
§ 1 - L'intérêt au moyen, mécanisme de filtrage subjectif des moyens invocables dans le contentieux de la légalité.....	418
A - Un mécanisme traditionnellement rejeté par le droit administratif interne.....	419

1 - La liberté des moyens invocables, conséquence du principe objectiviste d'appréciation de l'intérêt à agir au regard des conclusions de la requête.....	419
2 - L'encadrement jurisprudentiel et réglementaire de la recevabilité des moyens nouveaux.....	421
B - Un mécanisme admis dans le contentieux de la légalité de systèmes juridiques étrangers.....	428
1 - Dans la lignée de la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique, le législateur fédéral belge a consacré la règle de l'intérêt au moyen.....	428
2 - La Cour de justice des Communautés européennes a écarté le principe selon lequel l'intérêt ne s'apprécie qu'au regard des conclusions et non des moyens.....	434
§ 2 - Le développement de l'intérêt au moyen en droit interne sous l'influence de l'exigence de stabilité des situations juridiques.....	437
A - La consécration de l'exigence d'un intérêt au moyen en plein contentieux.....	437
1 - La généralisation progressive de l'exigence de l'intérêt au moyen dans le contentieux contractuel.....	437
2 - Une généralisation justifiée par l'objectif de stabilité des contrats publics.....	446
B - L'émergence d'un intérêt au moyen dans certaines matières relevant de l'excès de pouvoir.....	451
1 - Le développement partiel de l'exigence de l'intérêt au moyen dans le contentieux de l'urbanisme commercial.....	452
2 - Une généralisation incompatible avec le maintien du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.....	454
Conclusion du Chapitre 2.....	459
Conclusion du Titre 1.....	462
Titre 2 - La stabilité des situations et la sanction.....	465
Chapitre 1 - Les effets de la sanction de l'illégalité.....	469
Section 1 - Les effets équilibrés de la sanction par voie d'action.....	471
§ 1 - L'ampleur des effets de la sanction de l'acte visé par le recours.....	471
A - L'annulation, censure totale de l'illégalité au sein de l'ordre juridique....	472
B - L'annulation partielle, censure des seules dispositions illégales au sein de l'acte.....	477
C - L'abrogation juridictionnelle, sanction subsidiaire de l'illégalité résultant d'un changement de circonstances.....	482
§ 2 - La limitation des effets de l'annulation à l'égard des actes tiers.....	488
A - L'extension de la sanction limitée par l'interprétation étroite de l'arrêt d'annulation.....	488
1 - L'extension exclue de l'annulation aux actes définitifs analogues ou consécutifs à l'acte annulé.....	489
2 - L'extension permise à l'égard des actes non définitifs consécutifs à l'acte annulé par le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence.....	494
B - La répercussion de l'annulation exclue à l'égard des actes créateurs de droits définitifs.....	498
1 - Une protection des droits acquis à l'égard des répercussions de certaines annulations initialement insatisfaisante.....	500
2 - Une protection des droits acquis progressivement renforcée sous l'influence de l'exigence de sécurité juridique.....	504
Section 2 - Les effets mesurés du contrôle incident.....	511
§ 1 - L'inapplicabilité dans le litige d'un acte illégal maintenu dans l'ordre juridique.....	511

A - Une sanction aux effets distingués de ceux de l'annulation.....	512
B - Une sanction aux effets partiellement assimilés à ceux de l'annulation.....	514
§ 2 - La paralysie dans l'ordre juridique d'un acte illégal amené à disparaître.....	521
A - Une application juridictionnelle interdite eu égard à l'autorité de chose jugée attachée au constat de son illégalité.....	522
B - Une application institutionnelle interdite indépendamment de l'autorité de chose jugée attachée au constat de son illégalité.....	531
C - L'obligation pour l'autorité compétente d'adopter les mesures nécessaires au rétablissement pour l'avenir de la légalité.....	535
Conclusion du Chapitre 1.....	540
Chapitre 2 - La modulation de la sanction.....	543
Section 1 - L'affirmation du pouvoir de modulation dans l'office du juge.....	546
§ 1 - La maîtrise du choix de la modulation.....	547
A - Un choix conditionné par le critère des conséquences excessives de la décision.....	547
B - Un choix opéré à l'issue d'un bilan approfondi.....	552
C - Un choix dérogatoire progressivement banalisé.....	558
§ 2 - La maîtrise des effets de la modulation.....	560
A - Les effets temporels de la modulation de l'annulation.....	560
B - Les effets spatiaux de la modulation de l'annulation.....	565
C - Les effets contraignants de la modulation.....	573
§ 3 - La maîtrise du champ de la modulation.....	578
A - Un pouvoir applicable indifféremment de la nature de l'illégalité.....	578
B - Un pouvoir applicable indifféremment de la nature de l'acte.....	581
Section 2 - L'émergence d'un encadrement du pouvoir de modulation par les normes supérieures.....	588
§ 1 - Les droits fondamentaux, limite potentielle à l'efficacité de la modulation.....	588
A - Un pouvoir susceptible d'être encadré par les droits et principes constitutionnels.....	589
B - Un pouvoir inégalement encadré sur le fondement de la Convention EDH.....	593
1 - Un pouvoir marginalement encadré par la Cour EDH.....	593
2 - Un pouvoir indirectement limité par le juge national de la conventionnalité.....	596
§ 2 - Le droit de l'Union européenne, limite matérielle à l'exercice du pouvoir de moduler.....	604
A - Le monopole de la CJUE pour déterminer, au cas par cas, les conditions du maintien, par le juge national, d'un acte contraire au droit de l'Union.....	604
1 - L'affirmation progressive de l'obligation de recourir au renvoi préjudiciel préalablement au maintien d'un acte contraire au droit de l'Union.....	605
2 - La détermination, au cas par cas, les conditions de l'exercice, par le juge national, de son pouvoir de modulation pour maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union.....	610
a) Un processus de détermination apparemment casuistique.....	611
b) Des conditions obéissant à une logique commune.....	618
B - La compétence du juge national pour maintenir les effets d'un acte contraire au droit de l'Union dans les conditions fixées par la Cour.....	623
1 - L'institution d'une exception à l'obligation de renvoi fondée sur la logique de la théorie de l'acte clair.....	624
2 - L'application incertaine des règles par les juridictions nationales.....	628
Conclusion du Chapitre 2.....	639
Conclusion du Titre 2.....	642
Conclusion de la Partie II.....	644
Conclusion générale.....	647

Bibliographie.....	653
Table de jurisprudence.....	681
Index.....	717

La stabilité des situations juridiques dans le contentieux de la légalité

La stabilité des situations juridiques est une exigence de l'ordre juridique dérivée du principe de sécurité juridique, sous l'égide duquel elle contribue à l'État de droit. Supposant que les situations formées sur la base d'actes juridiques puissent se maintenir dans le temps et suivre un cours prévisible, elle peut entrer en conflit avec le principe de légalité qui commande, pour sa part, que les actes illégaux et les situations qu'ils fondent soient anéantis. La dialectique entre ces deux valeurs est au cœur du contentieux de la légalité, dont elle détermine les équilibres procéduraux. La période contemporaine assiste à une révision de ces équilibres en faveur de la stabilité, opérée sous l'influence du juge et du législateur, qui interroge sur l'orientation donnée au contentieux de la légalité et, plus largement, sur la place et les formes du contrôle de la puissance publique au sein de l'État de droit. Le souci de la stabilité des situations juridiques se traduit ainsi, par une prise de distance à l'égard de la conception libérale de l'intérêt pour agir en contentieux de l'excès de pouvoir, ainsi que par une plus grande attention au passage du temps dans l'examen de la recevabilité des recours. Il influence également l'office du juge de la légalité, dont les pouvoirs se sont considérablement développés afin de rechercher une conciliation optimale entre les impératifs concurrents qu'il entend satisfaire. En altérant la conception du recours et de la fonction du juge, l'exigence de stabilité des situations juridiques contribue à des évolutions majeures de la justice administrative.

Mots-clés : Abrogation, Actes administratifs, Annulation, Droit administratif, Droit public, Jurisprudence, Modulation, Régularisation, Sécurité juridique, Situations juridiques, Stabilité.

