



HAL
open science

Les conséquences de la Constatation de l'illégalité d'un Acte Administratif par le Juge Administratif

Jean Gourdou

► **To cite this version:**

Jean Gourdou. Les conséquences de la Constatation de l'illégalité d'un Acte Administratif par le Juge Administratif. Droit. université de pau et des pays de l'adour, 1996. Français. NNT : . tel-02431257

HAL Id: tel-02431257

<https://univ-pau.hal.science/tel-02431257v1>

Submitted on 7 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
Faculté de Droit, d'économie et de gestion

*Les Conséquences de la Constatation
de l'Illégalité d'un Acte Administratif
par le Juge Administratif*

Thèse pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue par :

Jean GOURDOU

JURY :

MM. Philippe TERNEYRE, *directeur de la recherche*,
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,
Doyen de la Faculté de Droit, d'économie et de gestion de Pau.

Daniel LABETOULLE,
Conseiller d'Etat,
Président adjoint de la Section du Contentieux.

Franck MODERNE,
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

Jean-Claude DOUENCE,
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

Pierre BON,
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

1996

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I. L'ATTENUATION DU CLIVAGE TRADITIONNEL ENTRE CONSEQUENCES DE L'ANNULATION ET CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

TITRE PRELIMINAIRE. LA PRESENTATION CLASSIQUE : UNE FORCE VARIABLE SELON LE MODE DE CONSTATATION DE L'ILLEGALITE

Chapitre 1. Contraste des conséquences sur l'acte dont l'illégalité est constatée
Chapitre 2. Discordance des chaînes d'actes concernées par l'illégalité constatée

TITRE I. RAPPROCHEMENT DU SORT DES ACTES DONT L'ILLEGALITE EST CONSTATEE

Sous-titre I. Annulation ne signifie pas forcément annihilation

Chapitre 1. L'acte intéressé par une annulation peut parfois se maintenir dans l'ordre juridique
Chapitre 2. La norme contenue dans l'acte annulé survit parfois à la censure de son support

Sous-titre II. La radicalisation des effets de la déclaration d'illégalité

Chapitre 1. La possibilité de faire disparaître l'acte déclaré illégal
Chapitre 2. La possibilité d'éluider l'application de l'acte déclaré illégal

TITRE II. HOMOGENEISATION DU SORT DES CHAINES D'ACTES CONCERNEES PAR L'ILLEGALITE CONSTATEE

Sous-titre I. Un champ des effets de l'annulation plus réduit qu'il n'y paraît

Chapitre 1. Les limites consenties par le juge
Chapitre 2. Les limites imposées au juge

Sous-titre II. La propagation des effets de la déclaration d'illégalité

Chapitre 1. La remise en question de la bipolarité du mécanisme de l'exception
Chapitre 2. L'assouplissement du lien exigé entre acte argué d'illégalité et acte contesté au principal

**PARTIE II. LE DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL ENTRE
CONSEQUENCES DE L'ANNULATION ET CONSEQUENCES DE LA
DECLARATION D'ILLEGALITE**

TITRE PRELIMINAIRE. LA LOGIQUE DE LA PRESENTATION CLASSIQUE

Chapitre 1. L'annulation ou la légalité souveraine

Chapitre 2. La déclaration d'illégalité ou la légalité concurrencée

TITRE I. DECOUVERTE DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL

Sous-titre I. Les facteurs du dépassement

Chapitre 1. La prise en compte d'intérêts subjectifs contradictoires par le juge de l'annulation

Chapitre 2. Le renforcement du souci de légalité en matière d'exception d'illégalité

Sous-titre II. L'instrument du dépassement : l'idée d'"acquis"

Chapitre 1. Un concept générique

Chapitre 2. Le jeu des divers acquis

TITRE II. IMPERFECTIONS DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL

Sous-titre I. Difficulté à agréer les défauts de l'acquis en matière d'annulation

Chapitre 1. Pour ce qui est des anomalies imputables au seul juge

Chapitre 2. Pour ce qui est de l'anomalie imputable tant au juge qu'à l'administration :
l'insuffisance de l'égard aux droits du requérant

Sous-titre II. Difficulté à agréer l'excès d'acquis en matière d'exception

Chapitre 1. La distorsion manifeste entre importance de l'exception et étendue des effets de la
déclaration d'illégalité

Chapitre 2. Quelques enrichissements souhaitables

CONCLUSION

INTRODUCTION

« Un instrument ne vaut que par le but qu'il permet d'atteindre ». Par cette affirmation, M. Prosper Weil débutait, voici bientôt un demi-siècle, un ouvrage consacré aux "conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir"¹ qui devait faire époque dans la doctrine dédiée au contentieux administratif français. Pour la première fois, un auteur s'intéressait en profondeur aux retombées pratiques des décisions du juge de la légalité, se démarquant ainsi volontairement des juristes classiques dont l'attention s'était jusqu'alors polarisée sur les rouages subtils du recours pour excès de pouvoir², tout "éblouis par l'instrument magique qui se créait sous leurs yeux"³. Grâce au talent du professeur Weil et à la perspicacité de ses analyses, ce qui n'aurait pu constituer qu'un travail précurseur dans ce domaine largement inexploré, devint une référence incontournable. Le tableau exhaustif qu'il dressait des conséquences de l'annulation dans l'espace et dans le temps⁴, l'étude détaillée de ses effets sur les divers acteurs du litige (autorités publiques, requérant, tiers) comme sur l'ordre juridique (disparition rétroactive de l'acte censuré), posèrent des jalons qui guidèrent efficacement l'analyse de l'évolution ultérieure du droit positif. Très modestement, les recherches similaires entreprises postérieurement se contentèrent donc d'actualiser l'œuvre fondamentale, à la lumière de nouvelles précisions ou données jurisprudentielles⁵ ; l'essentiel

¹ P.Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, Paris, 1952.

² M. Weil ne se comptait en effet que deux prédécesseurs, MM. Kellershohn et Spach (voir respectivement *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Bordeaux 1915 ; et *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, Strasbourg 1936), mais le premier s'en était tenu à des considérations purement théoriques, tandis que le second avait limité sa prospection au contentieux de la fonction publique.

³ Weil, *op. cit.*, p.7.

⁴ Tel était le plan choisi par P. Weil.

⁵ Voir notamment G.Braibant, "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *E.D.C.E.* 1961, n°15, p.53 ; et J. Massot, "Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif", *E.D.C.E.* 1979-1980, n°31, p.11.

avait été écrit dès 1952, et le canevas alors confectionné paraissait, pour ainsi dire, inusable. S'essayer à le reconsidérer sans sombrer dans le plagiat relevait de la gageure.

Les temps ont changé. Le contentieux administratif ne présente plus le visage qu'il offrait peu après la deuxième guerre mondiale : devenu un contentieux de masse, il a dû largement s'ouvrir à la préoccupation des justiciables, et le souci de faire produire aux jugements rendus en leur faveur des conséquences tangibles a désormais nettement pris le pas sur le plaisir d'élaborer un édifice juridique essentiellement esthétique. Pour preuve les nombreuses procédures destinées à garantir l'exécution correcte des décisions émanant de l'ordre administratif, procédures qui, depuis 1963 jusqu'à 1995 en passant par 1980⁶, ne cessent de se perfectionner. Cette métamorphose autorisait-elle pour autant la mise en chantier d'une seconde investigation foncière relative aux incidences des annulations prononcées par le juge administratif ? On peut légitimement en douter, et cela pour deux raisons principales :

- en premier lieu, les concepts dégagés par M. Weil continuent à l'évidence de régir la matière, et conservent ainsi leur pertinence initiale. Qu'on s'en convainque, sinon à la lecture des conclusions de commissaires du gouvernement sur les arrêts se rapportant à la détermination des conséquences d'une annulation⁷, du moins à celle des chroniques qui leur sont consacrées par des membres du Conseil d'État et qui, fréquemment, s'y réfèrent⁸. D'ailleurs, notre travail lui-même s'en nourrira copieusement ; témoin, par exemple, la préférence accordée au concept d'"acte-conséquence" sur d'autres notions envisageables⁹.

- ensuite, la plupart des enrichissements significatifs de l'état du droit ont déjà fait l'objet d'études spécifiques, ou apparaissent encore trop balbutiants pour se prêter à une analyse systématique. Ainsi en va-t-il particulièrement des améliorations enregistrées dans le suivi du

⁶ Référence est faite aux principales étapes de l'instauration d'un suivi des décisions de justice administrative (décret du 30 juillet 1983, lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995) sur lesquelles nous aurons bien sûr l'occasion de revenir dans le cadre de nos développements.

⁷ Encore que nombre d'entr'eux reprennent implicitement les idées de Prosper Weil pour les appliquer au litige qu'ils ont à régler. Voir par exemple, s'agissant du problème de la rétroactivité de l'annulation, les conclusions M. Laroque sur l'arrêt *Université de Clermont-Ferrand c/ Rougerie* (R.F.D.A. 1991, p.331) qui prêtent à MM. Braibant et Massot l'une des considérations maîtresses de la thèse de 1952 (à savoir le fait d'"osciller constamment entre la logique de la fiction et les exigences de la réalité").

⁸ Ainsi, récemment, voir la chronique L. Touvet et J.-H. Stahl sur l'arrêt *Epoux Lopez* (A.J.D.A. 1994, p.872, note 35).

⁹ Ce concept d'"acte-conséquence" constitue -faut-il le rappeler ?- un des principaux pivots de l'analyse de M. Weil (*op. cit.*, pp.177 s.).

jugement d'annulation : d'importantes recherches cernent les plus anciennes¹⁰, et il est bien trop tôt pour en lancer de nouvelles sur les dernières en date¹¹.

Deux conclusions s'imposent, dès lors : l'inutilité d'une réfection pure et simple de la thèse de 1952, ainsi que l'excessive précocité d'une enquête exclusivement axée sur les compléments ultérieurs qu'a connus la matière.

Pourtant, ce renoncement que la raison semble commander laisse insatisfait l'observateur sensible aux développements les plus récents de la jurisprudence administrative, en particulier celui qu'intriguent les errements palpables du contentieux de l'urbanisme. Voilà un domaine dans lequel, tout en se réclamant toujours peu ou prou des principes quasi séculaires qui gouvernent les conséquences de l'annulation, l'on a pu voir le juge consacrer tout un cortège de solutions atypiques¹², manifestement mâtinées d'empirisme puisque certaines d'entre elles, ne procurant pas le résultat escompté, ont été rapidement remplacées par une construction inverse¹³. La curiosité aiguillonnée par ces perturbations singulières, le juriste qui se penche de plus près sur la question ne peut qu'être frappé par les interférences qu'occasionne, en la matière, la coexistence des deux voies de droit autorisant la mise en cause de la légalité de l'acte administratif, celle qui, par voie d'action, aboutit à l'anéantissement de ce dernier, et celle qui, par voie d'exception, débouche normalement sur la mise à l'écart de son application dans le litige qui l'a empruntée. Plus qu'à de simples similitudes, on assiste ici à de véritables hybridations des effets classiques des deux mécanismes. De là est né le désir naturel de tenter d'expliquer le phénomène, et l'enquête devait s'avérer suffisamment féconde pour nous déterminer à en consigner les fruits dans la présente étude : ce qui semblait ne constituer qu'une anomalie parfaitement circonscrite s'est révélé être la manifestation la plus flagrante d'une dynamique sous-jacente animant l'ensemble des *conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*. Mais avant d'entrer dans le détail de cette problématique, il convient assurément de tracer avec précision les contours de notre champ d'investigation.

¹⁰ Pour ne citer que deux des plus importantes, voir H. Oberdorff, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, Thèse Paris 2, 1981 ; et P. Delvolvé, "L'exécution des décisions de justice contre "l'administration"", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1983-1984, n°35, p.111.

¹¹ A savoir celles qui résultent de la loi du 8 février 1995, pour lesquelles nous n'avons encore à disposition que quelques premières tendances (cf. not. notre étude, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte (premières applications de la loi du 8 février 1995) », *R.F.D.A.* 1996, p.333 s.)

¹² Voir notamment les solutions Gepro et Association de amis de Saint-Palais-sur-Mer.

¹³ Ainsi en est-il allé de la solution Association de amis de Saint-Palais-sur-Mer, renversée par la loi Bosson qui revient à une solution beaucoup plus orthodoxe au regard des principes traditionnels.

* *

* Cette étude s'intéresse aux *conséquences* d'une décision de justice, et revendique par là-même une certaine filiation avec la thèse de M. Weil. Comme lui, nous nous proposons en effet de mettre en lumière les "suites qu'entraîne"¹⁴ la solution juridictionnelle de litiges donnés ; comme lui, nous nous abstiendrons d'envisager celles d'entre elles qui ne présentent qu'un rapport trop indirect avec les jugements considérés¹⁵.

Les retombées qui nous retiendront peuvent présenter deux visages bien distincts, tantôt revêtant un caractère automatique, ne nécessitant la prise d'aucune mesure positive de la part de l'administration, tantôt réclamant au contraire de cette dernière l'adoption d'un certain comportement¹⁶. Mais un dénominateur commun les relie : que ce soit à l'occasion d'un procès déterminé ou sur un plan beaucoup plus général, que ce soit très temporairement ou pour une période moins définie, elles supposent infailliblement une perturbation minimale de l'ordre juridique¹⁷ qui se répercute sur le travail administratif ou les situations des particuliers.

* Pareille efficacité provient à n'en pas douter de ce que les conséquences étudiées s'attachent à des jugements dont la caractéristique est de *constater une illégalité* :

- A ce stade, nous nous contenterons de définir très schématiquement l'idée d'"illégalité" en renvoyant à l'image consacrée de pyramide des normes : doit être considéré comme illégal tout acte contrariant¹⁸ une norme supérieure¹⁹. L'histoire de la soumission de l'administration au

¹⁴ Pour paraphraser la définition que donne le "Petit Robert" du terme "conséquence".

¹⁵ M. Weil n'abordait quant à lui le problème qu'en toute fin d'étude, et n'y consacrait que peu de développements.

¹⁶ On retrouve ici la démarcation notoire entre décisions déclaratives et décisions constitutives de droit telle qu'elle a été pratiquée par P. Weil à propos de l'annulation (*op. cit.*, pp.137/138).

¹⁷ Perturbation juridique qui se double parfois d'une perturbation matérielle : ainsi, l'annulation d'un acte qui a autorisé la réalisation d'un ouvrage entraîne-t-elle théoriquement l'obligation de détruire ce dernier.

¹⁸ Nous verrons en deuxième partie que cette idée de contrariété englobe à la fois des cas de violation de la norme supérieure et des hypothèses d'incompatibilité avec elle.

principe de légalité ne mérite guère plus de détails, tant sont nombreux les ouvrages en ayant retracé les diverses étapes. En fait, un postulat très simple suffit à fournir un point de départ à notre analyse : un administré dispose aujourd'hui de divers moyens juridictionnels aptes à déterminer si un comportement administratif suspect viole réellement la règle de droit, et, le cas échéant, à sanctionner cette déviance.

- Évidemment, l'appréciation de l'illégalité n'occupe pas la même place selon la voie de droit considérée. Parfois, la reconnaissance de l'irrégularité constitue l'objet principal de la décision juridictionnelle, et aboutit en conséquence à la censure de l'acte qui s'en trouve affecté. Référence est faite à titre principal²⁰ à la requête en excès de pouvoir, dont l'admission implique l'annulation de la mesure visée²¹, c'est-à-dire sa mise à néant. Mais le juge peut être également amené à constater l'illégalité d'une décision alors même que la véritable cible que s'est fixée le justiciable est ailleurs. Deux hypothèses sont concernées : la première fait jouer une voie de droit spécifique, dénommée "recours en appréciation de validité" par la doctrine²², dans le cadre de laquelle des parties à un procès civil²³, invitées à agir de la sorte par le juge judiciaire, demandent à la juridiction administrative de statuer sur la licéité d'un acte qui en conditionne l'issue. L'implication des deux juges (judiciaire et administratif) permet de différencier clairement ce mécanisme préjudiciel²⁴ de celui, hormis cela conceptuellement très proche, de l'exception d'illégalité stricto sensu qui compose la deuxième hypothèse de reconnaissance incidente d'une irrégularité. Ici, en effet, c'est à la même juridiction qu'il

¹⁹ Au fil de notre plan, affleurerait un concept proche mais distinct, celui d'"inexistence" ; notons simplement d'ores et déjà que son emploi nous permettra, par comparaison, de mieux comprendre certaines particularités des contrôles qui nous occupent.

²⁰ Nous n'ignorons évidemment pas que le cadre de l'excès de pouvoir est loin de constituer le terrain exclusif des constatations d'illégalité pouvant aboutir à une annulation. Pareille prérogative est dévolue au juge de plein contentieux, mais elle ne représente, chez lui, qu'une parcelle de l'arsenal dont il dispose pour redresser l'erreur qu'il identifie. Cette dernière considération, conjuguée à la volonté de faire écho à l'ouvrage de M. Weil, nous a cependant poussé à élire les annulations rendues en excès de pouvoir comme pôle privilégié de notre étude, car nos préoccupations se concentrent sur les retombées de l'exercice du pouvoir juridictionnel de stigmatiser une illégalité, non sur celles d'un jugement susceptible de la corriger.

²¹ Cette construction englobe les annulations prononcées sur déféré préfectoral, dans lequel la jurisprudence a identifié un véritable recours pour excès de pouvoir, en dépit des particularités de son régime. Sur cette assimilation, voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°151-1.

²² Voir notamment A. Fliniaux, "Le recours en appréciation de validité", in *Mélanges Hauriou*, 1929, p.297.

²³ Nous verrons plus loin en effet que la question ne se pose théoriquement plus pour les procès pénaux.

²⁴ Pour qu'on soit en présence d'une question préjudicielle, il faut en effet "qu'elle appelle un jugement distinct et séparé, émanant d'un juge autre que celui du fond" (E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1887, t.1, p.444).

revient de se prononcer sur la légalité d'une décision et d'en tirer les conséquences qui s'imposent pour la résolution du litige principal dont elle est saisie²⁵.

- Nonobstant leurs dissemblances procédurales, une constante unit les décisions d'annulation et les jugements reconnaissant une irrégularité en vue d'un résultat distinct. La relever semble une grossière lapalissade : ils mettent tous en lumière un vice affectant un acte administratif. Mais cet apparent truisme cache un important facteur de cohésion : à partir du jour où une décision juridictionnelle atteste, sans la moindre ambiguïté, l'illégalité d'un tel acte, il paraîtrait anormal, dans un État de droit, que la vigueur de celui-ci demeure semblable à celle dont il jouissait à une époque où personne ne possédait la certitude de son défaut. D'où l'intérêt de mesurer avec le plus grand soin les répercussions qu'engendre le jugement, car à cette aune s'apprécie le degré de défense du principe de légalité qui doit, en toutes circonstances, régir l'action administrative. En choisissant cet enjeu majeur pour cœur de notre étude, nous justifions logiquement l'évacuation de problématiques connexes, telle celle, pourtant stimulante, des conséquences des arrêts de rejet que M. Weil intégrait dans ses développements²⁶.

* Avant de pousser plus loin la présentation, confessons d'emblée que le choix de l'expression "*acte administratif*" afin de figurer dans le titre de notre travail sacrifie quelque peu l'orthodoxie juridique au désir de faire écho à la thèse de 1952²⁷. En effet, selon la terminologie traditionnelle -encore que celle-ci ne puisse se targuer d'universalité²⁸-, la catégorie recouvre à la fois les mesures édictées unilatéralement par une autorité administrative²⁹ et les contrats administratifs qu'elle peut être amenée à signer. Or, délibérément, nous écarterons ces derniers de notre analyse. Plusieurs raisons nous y poussent, qui vont de la spécificité du contrôle de plein contentieux exercé par le juge du contrat

²⁵ Une thèse a été récemment consacrée à ce procédé contentieux : B. Seiller, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse Paris 2, 1995.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 23 s.

L'auteur interprétait la jurisprudence comme reconnaissant un effet absolu de chose jugée aux jugements de rejet au fond ; cette affirmation mériterait d'être aujourd'hui reconsidérée à la lumière de la jurisprudence pénale selon laquelle le rejet d'un recours pour excès de pouvoir contre un règlement n'empêche pas le juge pénal de se prononcer à son tour sur sa légalité (Cf notamment C.Cass. Crim., 4/03/1986, Morera, *Gazette du Palais* 1986, 2, p.711, note J.-P. D.).

²⁷ Rappelons que M. Weil s'était proposé d'étudier les conséquences de l'annulation d'un "acte administratif".

²⁸ Ainsi, par exemple, la classification retenue au recueil *Lebon* ne range-t-elle pas les contrats dans la catégorie "actes administratifs" mais leur consacre une rubrique particulière, "marchés et contrats administratifs".

²⁹ Ou une autorité privée habilitée, par exception, à prendre des décisions administratives. Sur ce problème, voir notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, t.I, n°594 s., et la bibliographie qu'il dresse au n°600.

(spécificité qui s'intègre mal dans notre problématique³⁰, même s'il est vrai que "les moyens soulevés à l'appui du recours en nullité sont le plus souvent des moyens de légalité objective"³¹) à l'existence d'ouvrages très complets sur la question³². Par "conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif", il faudra donc entendre "conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif unilatéral". Toutefois, la discrimination ainsi pratiquée n'éloignera pas totalement le contentieux contractuel de nos développements, grâce à la fiction de la détachabilité qui identifie des actes unilatéraux là où, en toute logique, on ne devrait en trouver. En outre, si l'adoption de la notion d'"acte administratif" exclut irrémédiablement de nos préoccupations centrales les incidences découlant d'une éventuelle reconnaissance juridictionnelle d'un vice affectant un texte de loi, nous nous autoriserons, en toute fin d'étude, à une rapide projection des propositions formulées dans le cadre de notre prospection principale sur ce type d'hypothèses.

* Le bornage des frontières de la recherche ici menée doit s'achever avec le soulignage du rôle du *juge administratif*, dont les décisions fourniront, seules, matière à systématisation. Ce dernier ne bénéficie pourtant pas d'un monopole du pouvoir de constater l'illégalité d'un acte administratif. En effet, pour des raisons de bonne administration de la justice³³, existe depuis toujours³⁴ une entorse au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, qui autorise le juge pénal à apprécier lui-même la validité de certaines décisions administratives³⁵. L'état du droit, longtemps chaotique³⁶, a été récemment clarifié par une

³⁰ La spécificité à laquelle il est fait allusion se matérialise par exemple dans l'idée que la reconnaissance de la nullité d'une clause contractuelle n'entraîne pas forcément son annulation, le juge se bornant parfois à accorder au contractant qui en a été victime une indemnité compensatoire (C.E., 7/02/1986 Pottier et autres, p.610 ; *Daloz* 1986, I.R., p.353, note F. Llorens ; et p.423, note Ph. Terneyre).

³¹ Ph. Terneyre, "Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, n°39, pp.69 s. et plus particulièrement p.77.

³² Voir en particulier D. Pouyau, *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J. 1991 ; et L. Folliot, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Thèse Paris 2, 1994.

³³ Obliger le juge judiciaire à surseoir systématiquement à statuer lorsque se pose une question relative à un acte administratif et à saisir l'autre ordre de juridiction d'une question préjudicielle retarderait en effet abusivement -notamment en matière pénale- l'issue du procès (Cf en particulier A. Mestre, "Recherches sur l'exception d'illégalité", in *Mélanges Hauriou*, 1929, p.567).

³⁴ La Cour de cassation l'a en effet pour la première fois admis par un arrêt du 3/08/1810 (*Bull. Crim.*, n°98) !

³⁵ Le juge civil jouit, quant à lui, de prérogatives singulièrement plus limitées à cet égard, dans la mesure où, en vertu de la célèbre jurisprudence Septfonds (T.C., 16/06/1923, p.498 ; *Daloz* 1924.3, p.41,

intervention législative : depuis le 1^{er} mars 1994, l'article 111-5 du nouveau Code pénal³⁷ autorise le juge répressif à se prononcer sur la légalité de tous les actes administratifs (réglementaires ou non) "lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis"³⁸. Désormais, le domaine des questions préjudicielles relatives à la régularité d'une décision administrative et conditionnant l'issue d'une instance pénale, semble en conséquence réduit au strict minimum³⁹. Devant cette plénitude de compétence du juge répressif, la tentation était grande d'intégrer les incidences des constatations d'illégalité qu'il est amené à pratiquer dans la problématique générale de notre recherche. Si nous n'y avons pas succombé, c'est essentiellement parce que l'estimation effectuée par un juge de l'ordre judiciaire sur la régularité d'un acte administratif ne saurait, en tout état de cause, s'assimiler à celle qui émane de la juridiction spécialement instituée à cette fin. La jurisprudence vient sans cesse rappeler cette vérité élémentaire : le seul effet découlant de la déclaration de l'illégalité d'une décision administrative opérée par le juge répressif réside dans la mise à l'écart de la norme considérée des débats ayant suscité cette prise de position⁴⁰. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il parfaitement le loisir de considérer légal un texte que la Cour de cassation a, antérieurement, pensé vicié⁴¹. Il ne

conclusions Matter ; *Sirey* 1923.3, p.49, note Hauriou), toute difficulté sérieuse relative à la régularité d'un acte administratif implique qu'il sollicite l'avis du juge administratif.

Il en va différemment pour ce qui est de l'interprétation d'actes administratifs, prérogative que partagent (à des degrés différents) le juge civil et le juge pénal. Mais ce point ne nous retiendra pas ici, puisque notre propos ne s'attache pas aux voies de droit permettant de déterminer la portée exacte d'une norme, mais simplement à celles dont l'objectif est d'apprécier la conformité d'une décision à la règle de droit.

³⁶ Pour un panorama de son évolution, R. Chapus, *Droit administratif général*, t.I, n°969 s.

³⁷ Issue de la loi n°92-683 du 22 juillet 1992.

³⁸ Sur cette réforme, voir notamment B. Pacteau, "Feu sur la jurisprudence Avranches et Desmarests ! Feue la jurisprudence Avranches et Desmarests ?", in *Mélanges J.-M. Auby*, 1992, p.249 ; et V. Lesclous, "L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif", *La semaine juridique* 1994, I, n°3747.

³⁹ Il n'a pas pour autant disparu : "il peut, en effet, arriver que le jugement du procès se heurte à une difficulté sérieuse tenant à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif qui n'est pas un élément du procès : parce qu'il est relatif, de façon générale, à l'organisation de la juridiction ou, plus largement, du service de la justice judiciaire. Un tel règlement n'est évidemment de nature, ni à justifier les poursuites engagées, ni à légitimer ce qu'a été le comportement de la personne poursuivie. Se situant seulement dans le contexte du procès en cours, il va apparaître aisément comme en étant détachable. Et on comprendra qu'il y ait question préjudicielle, si son illégalité, invoquée comme moyen de défense, fait difficulté sérieuse" (R. Chapus, *Droit administratif général*, t.I, n°975).

⁴⁰ L'arrêt de principe (C.Cass. crim, 7/11/1908, *Bull. crim.* n°427 ; *Sirey* 1911, 1, p.540), n'a jamais encore été démenti.

⁴¹ Se référer à la fameuse affaire du marché d'intérêt national de Bordeaux-Brienne (C.Cass. crim., 4/06/1964, *Bull. crim.* n°194 ; *Dalloz* 1964, p.555, rapport J.-L. Costa ; et C.E., S., 4/12/1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins de Bordeaux et de sa région*, p.613 ; *Revue du droit public* 1965, p.272, note M. Waline ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1965, p.522, note J. Moreau).

faut pas s'en offusquer : nous aurons l'occasion d'y revenir, la juridiction administrative représente le juge naturel de la légalité des actes administratifs⁴², et seuls ses arrêts détiennent la propriété d'identifier indubitablement les défauts qui les entachent⁴³. Dès lors, l'agrégation des constatations d'illégalité émanant du juge répressif à celles qui sont l'œuvre

du juge administratif apparaît nettement moins séduisante, sauf à risquer d'échafauder des constructions fragilisées par des fondations trop disparates. Mieux vaut donc s'en tenir exclusivement aux appréciations portées par la juridiction administrative. En revanche, aucune discrimination ne règnera *a priori* au sein de cette dernière, et les jugements de premier ressort entreront en ligne de compte au même titre que les arrêts réglant définitivement un litige⁴⁴.

* *

L'objet de notre étude se concentre donc sur les suites des jugements au travers desquels le juge administratif qualifie expressément d'illégal un acte administratif unilatéral. Comme nous l'avons fait remarquer, trois catégories de décisions sont concernées : celles qui annulent la mesure convaincue d'irrégularité ; celles qui se contentent, sur renvoi du juge judiciaire, d'en déclarer le vice, laissant à celui-ci le soin d'en tirer les conséquences dans le procès qu'il instruit ; celles, enfin, qui constatent incidemment une illégalité en vue d'accéder au désir dominant du requérant (annulation d'une autre mesure ou obtention de dommages-intérêts). De cette triple configuration ne demeurera plus, dans nos développements, qu'une simple dualité,

⁴² Conception que partage le Conseil constitutionnel, comme en témoigne la décision n° 86-224 D.C. du 23/01/1987, Conseil de la concurrence (pour plus de détails sur cette jurisprudence, voir *infra*).

⁴³ Certains auteurs ont parfois tendance à oublier cette donnée fondamentale, ainsi qu'en témoigne un article récent : selon son auteur, la combinaison des dispositions de la loi Bosson organisant la résurrection de l'ancien règlement d'urbanisme à la suite de la reconnaissance de l'irrégularité de son successeur, et de la compétence du juge répressif pour apprécier la légalité d'un règlement d'urbanisme pénalement sanctionné, aboutirait à confier à celui-ci un véritable "pouvoir d'annulation" de l'acte d'urbanisme (voir notamment D. Sistach, "Le juge pénal et les actes administratifs d'urbanisme. Nouveau Code pénal et loi Bosson", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.674). Peut-on admettre qu'une déclaration d'illégalité opérée dans le cadre d'une instance pénale puisse posséder la propriété d'effacer le texte qu'elle concerne de l'ordre juridique, alors que l'on sait cette estimation susceptible d'être ultérieurement infirmée par le juge administratif ? Assurément non, ou bien l'on court le risque d'une "légalité à éclipses" qui ne saurait s'accorder avec les exigences de sécurité juridique (nous retrouverons toutes ces notions au fil de nos développements). Il faut donc estimer que les dispositions législatives en cause n'intéressent que les appréciations portées par la juridiction administrative.

⁴⁴ Ce qui aura notamment pour conséquence de nous pousser à envisager une éventuelle infirmation du jugement constatant l'illégalité d'un acte administratif.

après fusion des deux dernières hypothèses sous le terme générique d'"exception d'illégalité"⁴⁵. Non que nous ne soyons parfaitement conscients de la différence qui les sépare⁴⁶. Mais leur jonction⁴⁷ est apparue nécessaire dans la perspective de notre recherche : la question des obligations directes pesant sur la juridiction judiciaire qui a provoqué la déclaration d'illégalité -seule spécificité notable du mécanisme préjudiciel- ne présentant aucun intérêt dans l'optique d'une comparaison avec les effets d'une annulation⁴⁸, priorité sera donnée à l'analyse des conséquences d'une constatation d'irrégularité effectuée dans le cadre d'un recours juridictionnel administratif principal. Toutefois, eu égard à l'identité globale des problèmes soulevés par l'une et l'autre des voies de droit incidentes considérées, nous nous permettrons de nombreux emprunts à la jurisprudence forgée dans le domaine du recours en appréciation de validité sur renvoi.

* *

Si les conséquences de l'annulation d'un acte administratif ont recueilli, avec M. P. Weil et ses successeurs, les honneurs de la doctrine, on ne peut en écrire autant des effets de la

⁴⁵ De même emploierons-nous indifféremment l'expression "déclaration d'illégalité" pour celles qui surviennent à la suite d'une question préjudicielle ou dans le cadre d'une exception d'illégalité proprement dite.

⁴⁶ Nous l'avons déjà soulignée : elle tient essentiellement au nombre des juridictions impliquées (une seule pour l'exception d'illégalité ; deux pour la question préjudicielle).

⁴⁷ Cet amalgame de vocabulaire, nous sommes loin, d'ailleurs, d'en détenir la primeur : jadis, la doctrine confondait ces deux types de procédures sous le terme générique d'"exception d'illégalité" (voir notamment E. Laferrière, *op. cit.*, t.II, p.594 ; ainsi que A. Rives, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris, 1908). Parallèlement, notons qu'en droit constitutionnel, on regroupe sous le terme "exception d'inconstitutionnalité" des mécanismes qui méritent incontestablement cette appellation (Cf en particulier C.C., décision n°85-187 D.C. du 25/01/1985, États d'urgence en Nouvelle-Calédonie, p.43 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.362, note P. Waschsmann ; *Dalloz* 1985, p.361, note F. Luchaire ; *La semaine juridique* 1985, n°20356, note C. Franck ; *La Revue administrative* 1985, p.355, note M. de Villiers ; voir également la décision Urbanisme et agglomérations nouvelles du 22/07/1985 (*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1990, p.1, note B. Genevois ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.1009, note P. Bon) et d'autres qui correspondent en réalité à un système de questions préjudicielles (notamment ceux que tendaient à instaurer les projets de révision constitutionnelle de 1990 et 1993 (voir *infra*, Partie II, in fine)).

⁴⁸ La question ne recèle d'ailleurs rien de particulièrement original : comme on s'y attend, le juge du principal doit tenir pour exacte la réponse fournie par la juridiction de renvoi, qui s'impose à lui dans son intégralité (C.Cass., 19/07/1880, *Dalloz périodique* 1880.1, p.413). Le seul point remarquable réside dans le fait qu'il en va ainsi même lorsque le juge administratif a statué sur des points qui n'avaient pas été expressément soulevés par le jugement de renvoi (sur ce problème, voir notamment C. Durand, *Les rapports entre juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J. 1958, p.241).

déclaration d'illégalité par voie d'exception, dont l'étude s'intégrait quasi systématiquement, de manière accessoire, à la présentation générale de cette technique procédurale⁴⁹. Une telle disproportion n'a rien d'étonnant lorsqu'on considère respectivement les deux problématiques. L'annulation constitue l'aboutissement spectaculaire d'un recours dont la singularité n'est plus à vanter, et sa capacité à annihiler une décision de la puissance publique excite inévitablement la curiosité du juriste. Au contraire, l'éclat de la simple déclaration d'illégalité par voie d'exception est naturellement tamisé par le rôle subalterne de la démarche qu'elle ponctue : dérivant toujours d'une instance principale, la question incidente ne poursuit d'autre objectif direct que d'assurer le succès, dans le cadre d'un procès déterminé, de celui qui la pose⁵⁰. Fatalement, les retombées de l'admission du recours pour excès de pouvoir ont nettement plus retenu l'attention que celles du triomphe, en apparence circonstanciel, d'un moyen⁵¹.

L'indifférence des auteurs envers les conséquences de la déclaration d'illégalité a reculé au cours de ces dernières années. En témoigne la multiplication d'articles consacrés à certains aspects du problème⁵². Mais chacun d'entre eux, plutôt que d'aborder en profondeur les principes directeurs qui régissent la matière, se contente de refléter les incertitudes doctrinales devant les phénomènes atypiques affectant la jurisprudence contemporaine. Qu'un mouvement de rapprochement des effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité d'un acte se manifeste au grand jour⁵³, et l'on crie à l'hérésie, sans même savoir avec précision à quel

⁴⁹ On ne la trouvait guère dès lors abordée que dans les manuels généraux de contentieux administratif, et dans les rares études consacrées à la technique de la déclaration d'illégalité (voir en particulier A. Bacquet, "Exception d'illégalité", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*).

⁵⁰ Ce rôle accessoire est flagrant dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir : le requérant ne désire en rien la sanction de l'acte incidemment argué d'illégalité ; en le mettant en cause, il espère simplement obtenir la censure de celui dont il poursuit l'annulation.

⁵¹ La remarque vaut également pour les questions préjudicielles : même si le terme "moyen" s'avère ici inadéquat (puisqu'elles constituent, nous l'avons vu, des recours à part entière (recours en appréciation de légalité)), l'assimilation est parfaitement possible dans la mesure où, en fin de compte, il s'agit d'éclaircir un problème incidemment soulevé par l'une des parties devant le juge judiciaire en vue d'obtenir gain de cause au principal.

⁵² Pour ne citer que ceux qui ont une vocation relativement générale, voir : D. Boutet, "Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité", *Revue du droit public* 1990, p.1735 ; G. Peiser, "Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception", in *Mélanges J.-M. Auby* (1992), p.277 ; et P.-G. Francoz, "Les actes administratifs et l'exception d'illégalité", *Cahiers juridiques de la fonction publique territoriale* juin-juillet 1995, pp.15 à 17.

⁵³ Ce qui a été le cas, nous le constaterons, s'agissant des documents d'urbanisme, pour lesquels textes et jurisprudence ont exprimé la volonté évidente de ne pas établir de ségrégation trop marquée entre les effets de leur illégalité selon que celle-ci est décelée à l'occasion d'un recours en annulation directement intenté contr'eux, ou simplement par la voie de l'exception.

dogme il est porté atteinte. Devant ces hésitations, on acquiert la conviction qu'il existe un vide à combler, qu'il manque une étude exclusivement consacrée à la comparaison des retombées des divers modes de constatation d'une illégalité qui s'offrent au juge administratif. L'émoi suscité par les derniers développements du contentieux de l'urbanisme démontre, sans conteste, que de solides repères font ici cruellement défaut.

Un élément pousse cependant à la circonspection, recoupant celui qui expliquait l'insensibilité de la doctrine classique à cette comparaison : est-il raisonnable, au travers d'un parallèle effectué entre les effets de leur accueil, de mettre sur un pied d'égalité un recours à part entière et un simple moyen ? A la réponse négative qui paraît a priori s'imposer, on objectera l'évolution patente de la conception du rôle dévolu à l'exception d'illégalité, évolution concrétisée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même⁵⁴. Si l'on sait, depuis longtemps, pouvoir emprunter cette voie détournée pour anesthésier les effets d'un acte (et notamment d'un règlement) irrégulier à l'occasion d'un litige dont il commande le sort, l'intérêt qu'elle peut présenter pour la sanction d'une illégalité, au même titre qu'un recours direct en annulation, n'a été en revanche que récemment perçu. Mais, aujourd'hui, existe un incontestable consensus sur la nécessité de conférer à une déclaration incidente d'irrégularité une portée équivalente à celle qu'elle revêtirait si elle constituait l'aboutissement d'une véritable voie de droit autonome. On se rend compte que le droit positif reposait auparavant sur une vision par trop idyllique. Un texte illégal, bien que n'ayant pas fait l'objet en temps utile d'une censure juridictionnelle, est considéré- en vertu du principe posé par la jurisprudence Ponard⁵⁵- comme inapplicable par l'administration. Or celle-ci brave presque systématiquement cette interdiction d'application. Un tel comportement, excusable dans l'ignorance du vice affectant l'acte en cause, devient franchement injustifiable une fois que le juge le lui a fait connaître⁵⁶. Pourtant, traditionnellement, on continuait dans ce dernier cas de figure à se fier au

⁵⁴ Voir sur ce point, en 2^{ème} Partie, les développements consacrés au droit au recours, et notamment la décision n°93-335 D.C. du 21/01/1994, depuis laquelle on peut légitimement estimer que la faculté d'exciper une illégalité "n'est assurément pas étrangère à l'exercice des voies de recours" (conclusions S. Lasvignes sur C.E., S., 5/05/1995, Société Coopérative maritime Bidassoa et autres, *Actualité juridique, Droit administratif*, 1995, p.463).

⁵⁵ Jurisprudence que nous retrouverons à de nombreuses reprises.

⁵⁶ On retrouve cette nuance dans les conclusions récentes (et jusqu'ici inédites) du commissaire du gouvernement S. Daël sous l'arrêt S.A. Plâtres Lambert Production et l'avis Consorts Alsina (C.E., S., 28/07/1995, req. n°139725 et n°169480 ; *Actualité juridique, du Droit administratif* 1995, p.696, chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *Revue française de la décentralisation*, septembre 1995, p.102, note P. Hocreître) : M. Daël rejette l'idée que la simple présence d'une illégalité au coeur d'un règlement d'urbanisme ait pu obliger l'administration à repousser ce dernier au profit des règles nationales avant l'intervention de la loi Bosson ; seule la reconnaissance juridictionnelle de cette illégalité (que ce soit par voie d'action ou d'exception) aurait pu contraindre l'administration à ce faire ; et c'est en conséquence la date à laquelle ce jugement est intervenu qu'il faut prendre en compte pour savoir si l'administration était tenue d'appliquer le R.N.U. (en vertu des jurisprudences Saint-Palais-sur-Mer et Assaupamar) ou l'ancien règlement d'urbanisme

seul principe d'inapplicabilité, sans se soucier d'organiser des prolongements plus radicaux à la décision de justice. Cette carence semble de moins en moins tolérée de nos jours, et la plupart des praticiens et commentateurs s'accordent sur l'opportunité de radicaliser les effets de la déclaration d'illégalité⁵⁷, mouvement de nature à dissiper les doutes initiaux concernant la viabilité de la démarche ici entreprise.

* *

Toutes les préventions que l'on pourrait nourrir contre le bien-fondé d'une analyse comparative entre les effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité par voie d'exception, n'apparaissent donc aucunement rédhibitoires ; aussi nous sommes-nous lancé dans son élaboration. Très rapidement, l'exploration des diverses facettes du sujet nous mit devant une alternative : établir un catalogue détaillé de chacune des conséquences de la constatation de l'irrégularité d'un acte administratif, en isolant annulation et déclaration d'illégalité, ou élire une méthode plus transversale. Plaidait en faveur de la première option l'importante quantité de solutions jurisprudentielles à analyser et de notions fondamentales contribuant à les fonder. La clarté de leur exposition semblait réclamer leur regroupement au cœur d'ensembles suffisamment larges et étanches. Mais de nombreux inconvénients en ressortaient également, tel celui de négliger partiellement les rapports qu'entretiennent aujourd'hui les retombées des deux modes de reconnaissance juridictionnelle de l'illégalité, et perdre de vue l'intérêt dominant de la présente recherche⁵⁸. Une présentation plus dynamique s'est donc naturellement imposée, même si elle exige un relatif "éclatement" des problèmes, préjudiciable - peut-être - à leur immédiate compréhensibilité. Ce léger désagrément comporte de surcroît une remarquable contrepartie, celle de mettre en perspective de multiples concepts se conditionnant les uns les autres, mais dont la présentation est en général dissociée. Là n'est pas le moindre attrait du parallèle réalisé entre les différentes incidences des jugements reconnaissant une illégalité car, plus les constructions semblent hétéroclites, plus grand est le défi d'essayer "de les systématiser, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par rapport aux autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible"⁵⁹.

* *

(Selon les prescriptions de l'article 1^{er} de la loi du 9/02/1994) (pour plus d'explications sur tous ces points, voir *infra*).

⁵⁷ Ainsi, toujours en matière d'urbanisme, toute l'évolution jurisprudentielle et législative a tendu, comme nous le verrons, à calquer les effets de la déclaration d'illégalité sur ceux d'une annulation. Et nous aurons l'occasion de remarquer que cette "assimilation aux effets d'une annulation de ceux d'une déclaration d'illégalité" (pour reprendre l'expression de R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°896) est loin de se cantonner à ce contentieux spécifique.

⁵⁸ Une autre inconvénient, et non des moindres, résultait de ce que la présentation regroupée des conséquences de l'annulation recoupait trop directement l'ouvrage de P. Weil, sachant que cette "réfection", nous l'avons dit, ne se justifie pas en tant que telle.

⁵⁹ J. Rivero, "Apologie pour les "faiseurs de systèmes"", *Dalloz* 1951, chron., p.99.

Parti étant pris quant à la méthode à suivre, demeurait une dernière difficulté. On ne saurait en effet, pour mener à bien une comparaison des effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité, faire l'économie de la présentation traditionnelle de chacun d'entre eux. Or, sacrifier une partie à ce problème menaçait d'alourdir considérablement notre démarche, de ruiner d'emblée toute velléité de construction réellement dynamique. Aussi avons-nous choisi d'insuffler ce "rappel" dans un plan plus énergique, au moyen de la technique généralement peu prisée du titre préliminaire, solution qui en l'occurrence, nous le croyons du moins, était de nature à lui communiquer réciproquement un souffle nouveau. Qui plus est, en le plaçant tant à la source qu'au centre de nos développements, nous nous bornons en fait à reconstituer le processus intellectuel qui a présidé à notre travail. A l'origine de ce dernier se trouve en effet le hiatus évident existant entre la présentation classique, qui opposait sur bien des points les retombées de chacune des "sanctions" de l'illégalité, et l'état du droit positif, au sein duquel la fracture se révélait beaucoup moins nette qu'annoncée.

Ce constat objectif, de par son caractère primordial, méritait d'être intégralement retracé (Partie I). Restait alors à s'interroger sur les raisons qui avaient pu contraindre le clivage habituellement opéré entre conséquences de l'annulation et retombées de la déclaration d'illégalité à s'estomper. Les investigations menées sur ce point nous ont convaincu que, plus qu'à une simple atténuation des frontières entre les deux catégories concernées, on assistait à un véritable dépassement de celles-ci, par la vertu de paramètres transversaux régissant indifféremment les deux pôles de l'étude. Et si l'appréhension de cette dynamique nous incitera parfois à sortir quelque peu des limites qu'une lecture trop stricte du sujet pourrait sembler imposer, ce n'est que dans le but de saisir au mieux la réalité de ce dépassement, et d'en mesurer avec précision les limites (Partie II).

PARTIE I

L'ATTENUATION DU CLIVAGE TRADITIONNEL ENTRE CONSEQUENCES DE L'ANNULATION ET CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

Le traitement didactique classiquement réservé aux effets d'une constatation d'illégalité par le juge administratif, distingue radicalement ceux qui s'attachent à un jugement d'annulation, de ceux qui produisent une simple déclaration d'illégalité (Titre préliminaire). Une double considération objective conduit cependant à relativiser le fossé existant entre les uns et les autres : la première vient de ce qu'un grand nombre de règles, souvent anciennes mais insuffisamment mises en exergue dans les présentations traditionnelles, tempèrent notablement la portée de l'annulation : la seconde résulte d'un mouvement dans l'ensemble récent, tendant à renforcer sensiblement les incidences d'une déclaration d'illégalité. L'exposé conjoint de ces deux données nous montrera que la distance qui sépare prétendument les conséquences des deux types de constatations d'illégalité est moins grande qu'on ne le croit généralement, que ce soit par rapport à l'acte qui en fait l'objet (Titre I) ou à l'égard des actes en relation avec lui (Titre II).

TITRE PRELIMINAIRE

LA PRESENTATION CLASSIQUE :

UNE DIFFERENCIATION

MARQUEE SELON LE MODE DE CONSTATATION DE

L'ILLEGALITE

Les conceptions qui prévalent traditionnellement en contentieux administratif dissocient clairement les conséquences de l'annulation et celles d'une simple reconnaissance d'illégalité : si les premiers apparaissent énergiques, voire caractérisés par une absoluité indéniable, les seconds connaissent à l'inverse certaines limites ignorées par la censure juridictionnelle directe de l'acte administratif. L'exposition comparée et successive de ces deux modes de sanction pourrait dès lors parfaitement se concevoir ; nous lui préférons cependant une optique moins évidente, distinguant entre les effets produits à l'égard de l'acte principalement visé par la constatation d'irrégularité et ceux subis par les différentes situations en relation avec lui, non seulement parce que la présentation de l'évolution qu'a connue le clivage traditionnel s'en trouvera sensiblement dynamisée, mais surtout dans la mesure où des recoupements méritent d'être effectués, en particulier dans le second domaine envisagé.

CHAPITRE 1. CONTRASTE DES CONSEQUENCES SUR L'ACTE DONT L'ILLEGALITE EST CONSTATEE

Pour l'avenir de l'acte dont le juge reconnaît l'illégalité, tout dépendra de la forme qu'aura revêtue cette contestation : s'il s'agit d'une annulation pure et simple, la vigueur qui est traditionnellement dévolue à celle-ci induit la totale, et semble-t-il irrémédiable, disparition de la mesure censurée ; au contraire, la seule déclaration d'illégalité se révèle clairement impuissante à parvenir à un tel résultat.

SECTION 1. LE COMPLET ANEANTISSEMENT DE L'ACTE ANNULE

La théorie classique des effets de l'annulation nous enseigne que l'acte frappé par ce type de décision juridictionnelle est réduit à néant. Il paraît en effet logique d'empêcher qu'un acte illégal qui a, par hypothèse, fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans le délai de deux mois prévu à cet effet, puisse influencer quelque peu que ce soit l'ordonnancement juridique. Malgré le caractère non suspensif du recours devant le juge administratif⁶⁰, le sort de la décision attaquée était bel et bien "suspendu" à l'issue que donnerait au litige la juridiction saisie ; dans la mesure où cette dernière a constaté son illégalité, ladite décision ne pourra jamais prendre réellement racine dans le droit objectif. La possibilité d'obtenir l'annulation d'un acte administratif illégal constitue une garantie fondamentale, aussi bien au regard de l'ordre public pris en tant qu'idéal théorique que pour le justiciable lui-même. Et de l'anéantissement de cet acte dépend la concrétisation de cette garantie, les divers acteurs de la vie juridique devant se voir entièrement soustraits aux effets de la décision, l'ordre juridique ne devant plus porter en son sein ce malformé.

Il ne s'agit pas ici de reprendre en détail l'étude de l'effet absolu que reconnaît la jurisprudence aux jugements d'annulation⁶¹, plusieurs auteurs ayant déjà consacré de nombreuses pages à ce problème aujourd'hui bien balisé⁶². Il importe cependant, afin de mesurer l'ampleur de la portée de tels jugements, de rappeler brièvement que la disparition d'un acte annulé s'applique automatiquement *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous les acteurs de la vie juridique ; et que cette annihilation suppose la remise en vigueur de la norme à laquelle l'acte censuré s'était substitué, la morphologie du droit positif s'en trouvant ainsi modifiée.

⁶⁰ Pour plus de détails sur cette règle, voir *infra*.

⁶¹ Ce caractère a été explicitement consacré tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation. Pour le premier, voir notamment C.E., 22/03/1961, Simonet, p.211 ; et C.E., S., 9/06/1989, Epoux Dufal, p.139 ; *Les petites affiches* 25 octobre 1989, p.11, note B. Pacteau ; pour la seconde, Cass. Com., 19/05/1953, Société La Ruche Picarde, *Sirey* 1954, 1, p.1, note Drago ; et Civ. 1ère, 25/06/1985, Cochin, *Dalloz* 1985, p.517.

⁶² Voir toutes les références s'y rapportant citées dans la bibliographie.

Paragraphe 1. La disparition de l'acte annulé s'impose à tous les acteurs de la vie juridique

Sans anticiper sur les développements qui trouveront plus loin leur juste place, on peut tout d'abord préciser que la disparition de l'acte administratif censuré s'impose au requérant lui-même : le caractère objectif traditionnellement reconnu au recours pour excès de pouvoir, et qui implique notamment que le demandeur n'est pas censé agir dans son intérêt propre mais dans celui de l'ensemble de la collectivité, dicte certaines solutions jurisprudentielles s'opposant à ce que l'administré à l'origine du recours dispose d'un quelconque pouvoir sur l'issue de celui-ci après que l'annulation a été prononcée⁶³. Outre celle du requérant, trois situations sont à prendre en compte.

I - La disparition s'impose à l'administration

A. Il est bon de souligner en premier lieu que l'acte annulé ne saurait être exécuté sans que l'administration responsable ne commette une illégalité qui, dans certaines circonstances, peut dégénérer en voie de fait⁶⁴ ; il ne peut donc plus, en particulier, fonder de nouvelles décisions⁶⁵.

B. D'autres solutions, plus ponctuelles, témoignent de la rigueur avec laquelle la jurisprudence applique l'idée d'anéantissement de l'acte annulé. C'est ainsi, par exemple :

- qu'un arrêté préfectoral ayant été annulé pour défaut de motivation, un "complément de motivation" ultérieurement apporté à celui-ci par le préfet est réputé "nul et de nul effet"⁶⁶.
- que la prorogation des effets d'un acte annulé "méconnaît l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision" du juge administratif⁶⁷.
- que le retrait d'une décision annulée, s'il fait la preuve d'une "bonne volonté pour s'incliner devant la chose jugée", "n'a en rien modifié l'état du droit résultant du jugement du tribunal"⁶⁸.

⁶³ Sur les différentes solutions rendues sur ce point, se reporter Partie II, Titre préliminaire, Chapitre 1.

⁶⁴ C'est le cas par exemple lorsqu'a été annulée une réquisition, le bénéficiaire de cette dernière, s'il s'est maintenu dans les lieux, devant être regardé comme un occupant sans titre ; cette situation est constitutive d'une voie de fait entraînant la compétence de l'autorité judiciaire pour prononcer l'expulsion : T.C., 28/02/1952, Dame Veuve Japy c/ Khan, p.619 ; Sirey 1952, 3, p.105, note Thierry.

Cette qualification de voie de fait n'est cependant pas automatique : Cf notamment T.C., 25/01/1988, Fondation Cousteau, p.484 ; *Gazette du Palais* 1988, jur., p.503, note B. Poujade ; *Dalloz* 1988, p.205, note P. Didier ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.191, conclusions M. Laroque : l'administration ne commet pas une voie de fait en poursuivant les travaux malgré l'annulation de la D.U.P. qui les autorisait. (Sur ce problème, voir également J. Morand-Deville, "Le pont de l'île de Ré et le juge", *Les petites affiches*, 23 septembre 1988, p.5 ; et R. Hostiou, "Le droit vu du pont", *Revue juridique de l'Ouest* 1988, n° spécial protection de l'environnement littoral, p.78). Cette solution vient de ce que l'acte annulé ne saurait être assimilé à l'acte inexistant (sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I).

⁶⁵ C.E., 13/03/1968, élection du maire de Talasani, p.180.

⁶⁶ C.E., 20/05/1988, Nardin, *Gazette du Palais* 1989, Panorama de droit administratif, p.149.

⁶⁷ C.E., 8/03/1972, Sieur Thfoin et autres, p.190.

⁶⁸ C.E., 8/01/1972, Association pour l'intérêt de la résidence à Ecully, p.96 ; *Revue du droit public* 1972, p.1531, note Waline.

II - La disparition s'impose au juge⁶⁹

Tout juge est en principe tenu de respecter la décision d'annulation :

* cela vaut bien évidemment pour la juridiction qui a prononcé l'annulation, et qui doit refuser un nouveau recours dirigé contre l'acte, qu'il s'agisse indifféremment d'un recours en annulation⁷⁰, en appréciation de validité⁷¹ ou en interprétation⁷². Le Conseil d'État accorde une importance particulière à l'autorité qui caractérise pareille censure : ainsi, dans l'affaire *Epoux Dufal*⁷³, la Haute juridiction, constatant qu'un tribunal administratif avait annulé la décision d'une commission de remembrement qui supprimait -abusivement selon lui- une servitude de passage, a estimé ce tribunal tenu de rejeter, au nom de l'autorité absolue de chose jugée que revêtait son premier jugement, le recours ultérieur intenté contre la décision qui rétablissait ladite servitude, et ce alors même qu'"il aurait certainement dû, lors du procès initial, renvoyer la contestation sur la qualification de la servitude à faire trancher par le juge civil"⁷⁴ et qu'était intervenu entre temps le jugement d'un tribunal de grande instance selon lequel la servitude en cause était éteinte.

Parallèlement, si le juge est saisi d'une demande d'indemnité ou d'un recours en annulation basés sur l'illégalité d'un acte qu'il a antérieurement censuré, il fondera sa décision sur l'annulation déjà prononcée, sans examiner à nouveau la légalité de l'acte⁷⁵. Le juge doit d'ailleurs soulever d'office l'exception de chose jugée par une précédente décision d'annulation, dans la mesure où le Conseil d'État considère que l'autorité desdites décisions possède un caractère d'ordre public⁷⁶. Il s'agit là d'une exception à la règle générale selon laquelle l'autorité

⁶⁹ On peut noter ici que M. Weil (*op. cit.*, p. 89) distingue la notion d'effet absolu (qui fait que "la chose jugée s'impose à tous les tribunaux et dans toutes les instances") 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"). Il est toutefois concevable de regrouper ces deux notions, et de considérer que l'effet *erga omnes* intéresse également le juge. C'est d'ailleurs une analyse que partagent de nombreux auteurs (lire par exemple M. Waline, note sous C.E., Ass., 7/05/1971, M. de l'Economie et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre, *Revue du droit public* 1972, p.447/448).

⁷⁰ C.E., 1er/03/1946, Société l'énergie industrielle, p.66.

Voir plus récemment C.E., 14/12/1979, Mme Pointe (Tables décennales 1975-1984, p.5055) : annulation du jugement d'un tribunal administratif qui statuait pour la deuxième fois sur le cas d'un acte qu'il avait, à l'occasion du litige initial, annulé pour vice de procédure.

⁷¹ C.E., 27/04/1962, Sicard, p.279 ; 3/06/1981, Mme Kriskaoui, req. n° 25-485, inédit (cité par J. Georgel, "Recours pour excès de pouvoir ; effets" *Encyclopédie Dalloz, Droit administratif*, fascicule n°665).

⁷² C.E., 14/11/1980, Mme Couchinoux (cité *ibid*).

⁷³ C.E., 9/06/1989, p.139, précité ; et sur les suites de l'affaire devant le Tribunal des Conflits, note Pacteau sous T.C., 18/03/1991, *Revue française de droit administratif* 1991, p.830.

⁷⁴ *Ibid.*, p.12

⁷⁵ Pour une réclamation de dommages-intérêts : C.E., S., 24/02/1950, Société Bata, p.120.

Pour un recours en annulation : C.E., 6/06/1958, Chambre de commerce d'Orléans, p.315 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, 2, p.261, conclusions M. Long.

⁷⁶ C.E., 22/03/1961, Simonet (précité) ; et C.E., S., Ministre de l'Education Nationale c/ Ecole privée de filles de Pradelles, p. 339 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.344, note O. Dupeyroux ; *Dalloz* 1968, p.431, note M. Voisset ; *Revue du droit public* 1968, p.187, conclusions M. Bernard.

de chose jugée doit être invoquée expressément par les parties à l'instance pour que le juge la retienne. Ainsi, dans l'affaire *Laiterie Saint-Cyprien*⁷⁷, la Haute juridiction a-t-elle écarté d'elle-même la faute alléguée par les requérants à l'encontre de l'administration qui avait, selon eux, retardé l'entrée en vigueur de deux décrets, au motif que ces derniers avaient été annulés par un arrêt antérieur.

* Les autres juridictions, qu'elles appartiennent à l'ordre administratif ou judiciaire, doivent également, en principe, prendre acte de la disparition de la décision annulée et statuer en conséquence⁷⁸. Cette solution prend un éclat tout particulier en matière de règlements fixant des contraventions : un administré poursuivi sur la base d'un tel texte doit bénéficier d'une décision de relaxe si ce dernier a ultérieurement été annulé par le juge administratif ; s'il a déjà été condamné, il pourra normalement obtenir cassation du jugement comme manquant de base légale⁷⁹.

III - La disparition s'impose aux tiers qui n'étaient pas parties au jugement

C'est là une des singularités principales de l'autorité des jugements d'annulation, dont les effets dépassent le cadre strict des parties, à l'inverse de ce qui se produit dans la plupart des autres contentieux pour lesquels l'effet relatif dévolu aux jugements qui en procèdent garantit les tiers contre toute modification de leur propre situation juridique.

* Il en découle que les tiers ne peuvent se voir en principe exclus du bénéfice d'une décision d'annulation. Ainsi en va-t-il en matière réglementaire : toutes les personnes qui entraient dans le champ d'application d'un texte privant une catégorie de fonctionnaires de certaines garanties, bénéficient de l'annulation de celui-ci alors même qu'un seul d'entr'eux a exercé un recours⁸⁰. De la même manière, s'agissant à présent de décisions non réglementaires, une annulation peut profiter à des tiers. On pense notamment au cas du délai de prescription quadriennale : un recours pour excès de pouvoir constitue un fait interruptif de celui-ci, même pour ceux des créanciers qui ne l'ont pas intenté, et l'annulation prononcée fera bénéficier ces derniers, au même titre que le requérant, des dispositions législatives gouvernant la matière⁸¹.

* En sens inverse, le jugement peut entraîner des conséquences néfastes à l'égard de personnes qui n'y étaient pas parties. C'est ainsi que l'annulation d'un règlement fixant les conditions d'attribution de la carte de combattant a privé les administrés susceptibles de bénéficier de celle-ci des avantages qu'ils auraient été en droit d'attendre sans cela⁸².

Ce caractère d'ordre public permet également aux parties d'un litige donné de se prévaloir d'une annulation prononcée par le Conseil d'État en tout état de la procédure.

⁷⁷ C.E., S., 6/01/1960, p.10.

⁷⁸ Ainsi, et alors même que, comme nous serons amenés à le voir (infra, Partie II), le juge administratif est tenu de statuer sur un renvoi provoqué par la juridiction judiciaire en raison de l'indépendance de celle-ci, le tribunal saisi sera délivré de cette obligation si l'acte à apprécier ou à interpréter a disparu du fait de son annulation : C.E., 13/12/1954, Juillet, p.869 ; 16/01/1970, Mandereau, p.1147.

⁷⁹ Pour plus de précisions sur ces problèmes, voir *infra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

⁸⁰ C.E., 4/03/1949, Pouquet, p.108. Il en résulte, lorsque d'autres recours avaient été exercés contre l'acte annulé, que le juge prononcera à leur égard un non-lieu à statuer, les requérants ayant, du fait du jugement initial, obtenu satisfaction (Cf. C.E., 27/04/1962, Sicard et autres, p.279).

⁸¹ C.E., 8/02/1965, Henriet et Boutin, p.85 ; Revue du droit public 1965, p.736

Pour plus de précisions sur les rapports entre annulation et prescription quadriennale, voir *infra*, Titre 2.

⁸² C.E., 20/02/1948, Bourgoïn, p.214.

* Cette ampleur des conséquences de l'annulation est d'autant plus remarquable que ces effets négatifs peuvent se répercuter sur des tiers qui s'avèrent totalement étrangers au litige en cause, n'étant pas, contrairement aux hypothèses précédentes, directement visés par l'acte annulé. L'exemple classique en est fourni par l'annulation de l'éviction d'un fonctionnaire qui oblige en principe l'autorité administrative à réintégrer celui-ci dans ses fonctions, ce qui implique parfois la destitution de l'agent nommé en vue de son remplacement⁸³.

Laissons le mot de la fin de ce paragraphe à M. P. Weil qui a parfaitement justifié l'effet *erga omnes* de l'annulation que nous venons de constater : "Le recours pour excès de pouvoir a pour but de supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif. (...) Il est normal, dans ces conditions, que le jugement rendu sur ce recours profite et s'impose à tous les membres de la société. L'ordre social est le même pour tous : il ne peut tolérer tel acte à l'égard des uns et le rejeter à l'égard des autres"⁸⁴. Mais la logique de la disparition de l'acte censuré déborde le cadre des seuls acteurs juridiques pour intéresser parallèlement l'ordre juridique considéré en tant que tel.

Paragraphe 2. La disparition de l'acte annulé s'impose à l'ordre juridique

Par delà les incidences qu'elle est susceptible d'entraîner sur les différents acteurs de la vie juridique, l'annulation d'un acte peut par elle-même influencer sur l'ordonnancement normatif, dans la mesure où, en occasionnant la chute d'un acte, elle va parfois permettre la résurrection des mesures auxquelles ce dernier entendait se substituer.

I - Hypothèses de résurgence de textes antérieurs

Un acte frappé par une annulation juridictionnelle est censé n'avoir jamais existé. De ce postulat, et du principe de *restitutio in integrum* qui en procède⁸⁵, résulte logiquement que la disparition de l'acte censuré par le juge de l'excès de pouvoir implique la résurgence intégrale de textes antérieurs qui avaient été affectés d'une manière ou d'une autre par la décision illégale. Il en va notamment ainsi lorsque cette dernière avait pour but d'abroger, de retirer ou de modifier un acte plus ancien, voire de se substituer à lui⁸⁶: le texte initial est réputé n'avoir jamais cessé de s'appliquer, la substitution n'ayant jamais été opérée.

⁸³ Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, Titre I.

⁸⁴ *Op. cit.*, p.20.

⁸⁵ Cette formule signifie tout simplement que "l'annulation remet les choses dans l'état où elles se trouvaient un instant avant que la décision attaquée ait été prise" (P. Weil, *op. cit.*, p.162).

⁸⁶ Pour des exemples illustrant chacun de ces cas de figure, voir *infra*, Titre I, Sous-titre 1, Chapitre 2.

II - Modalités de résurgence des textes antérieurs

On remarquera qu'il peut s'agir, selon les cas, de réémergence de décisions individuelles ou réglementaires⁸⁷, selon que la mesure censurée présentait l'un ou l'autre de ces caractères. Dans le deuxième des cas, un problème pourrait se présenter lorsque le règlement annulé supprimait un texte antérieur qui avait créé des contraventions. Pour Kellershohn⁸⁸, "le retrait de l'acte créateur de contraventions équivaut à une affirmation du caractère licite des faits jusqu'alors poursuivis ; l'annulation d'un acte décidant la non-culpabilité équivaut à la restauration du régime primitif qui organisait la culpabilité. Ce rétablissement de l'infraction ne saurait être rétroactif", conformément au principe de non rétroactivité des délits et des peines posé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁸⁹. Ici, contrairement à l'hypothèse générale de *restitutio in integrum* qui, par définition, revêt un caractère rétroactif, le texte ancien ne sera rétabli qu'à compter de l'intervention de la décision juridictionnelle, et simplement pour l'avenir. Il n'en demeure pas moins que, même dans ce cas, la résurrection de la réglementation antérieure se présente comme une conséquence mécanique de l'annulation ; cette automaticité de remplacement de la décision annulée constitue donc l'une des spécificités les plus notables des incidences du procédé étudié.

A la suite de l'exposé des conséquences draconiennes de l'annulation, celles qui s'attachent classiquement à la déclaration d'illégalité apparaîtront bien fades.

SECTION 2. LA PRESERVATION DE L'ACTE DECLARE ILLEGAL

La conception traditionnelle des effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qu'elle intéresse, assigne à ceux-ci une double limitation ignorée en matière d'annulation. La première est fondamentale : elle se concentre dans l'idée que l'acte dont l'illégalité est constatée par voie d'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique ; simplement, son application sera empêchée dans le seul litige ayant donné lieu à cette appréciation. De cette divergence essentielle avec l'annulation découleront non seulement une autre dissimilitude, mais également de nombreux problèmes.

⁸⁷ Pour plus de précisions, se reporter *ibid.*

Voir également R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, *op. cit.*, n°894 s.

⁸⁸ *Op. cit.*, p.67.

⁸⁹ Principe au respect duquel veille particulièrement le Conseil constitutionnel, puisqu'il y soumet également les sanctions administratives (voir notamment la décision n°82-155 D.C. du 30/12/1982, p.88 ; *Pouvoirs* 1983, n°25, p.199, note P. Avril et J. Gicquel ; *La Revue administrative* 1983, p.140, note M. de Villiers ; *Revue du droit public* 1983, p.333, chronique L. Favoreu).

Paragraphe 1. L'acte reconnu illégal ne disparaît pas *ipso facto* de l'ordonnement juridique

En vertu d'une jurisprudence consacrée, l'acte dont l'illégalité a été mise en lumière par voie d'exception ne disparaît pas de ce simple fait, à l'inverse d'une décision frappée d'annulation, de l'ensemble des textes en vigueur⁹⁰. Dès 1923, un auteur résumait ainsi cette règle : "lorsque l'exception d'illégalité est accueillie, (...) l'acte subsiste intact et il pourra en être fait application dans une autre espèce"⁹¹. L'administration conserve donc *a priori* la possibilité d'opposer à l'avenir l'acte déclaré illégal à d'autres administrés. Ces derniers devront, s'ils le désirent, saisir à leur tour le juge en excipant de l'illégalité de cette mesure, et le moyen fera l'objet d'un réexamen par la juridiction sollicitée à cet effet. On mesure aisément le fossé existant entre acte annulé et acte reconnu illégal par voie d'exception : cette simple constatation ne s'impose, en dehors de l'instance qui lui a donné l'occasion d'être pratiquée, ni à l'administration, ni au juge, ni aux tiers.

Là se trouve, ni plus ni moins, la conséquence de l'effet relatif de chose jugée classiquement réservé à l'exception d'illégalité, la triple identité exigée par l'article 1351 du Code civil⁹² n'étant pas réunie à défaut d'identité de parties. Sans trop anticiper sur les conséquences à l'égard des situations liées à l'acte illégal, il convient d'ores et déjà de souligner que cette autorité relative a surtout pour but d'assurer une certaine sécurité des relations juridiques qu'une solution contraire serait susceptible de mettre en péril : si un requérant peut obtenir l'annulation d'une décision lui faisant grief en invoquant l'illégalité de l'acte qui l'a fondée, l'admission de ce moyen ne saurait entraîner la mise en cause d'autres décisions prises elles aussi sur la base de l'acte reconnu irrégulier mais n'ayant pas fait pour leur part l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁹³.

Cette différence majeure entre effets de la déclaration d'illégalité et conséquences de l'annulation engendre naturellement une autre divergence, qui n'en possède pas moins un champ d'application différent.

Paragraphe 2. L'acte préexistant n'est pas remis en vigueur

La portée de la disparition consécutive à une annulation s'étend, nous l'avons vu, au delà de l'ensemble des acteurs juridiques, au droit positif lui-même, appréhendé dans l'abstrait. La déclaration d'illégalité ne produit quant à elle aucun remous sur l'ordonnement juridique, pas même dans le cadre strict du litige à l'occasion duquel elle s'est manifestée. Dans cette sphère limitée, le raisonnement du juge s'imposera bien évidemment aux parties en présence, et le requérant bénéficiera de la constatation de l'illégalité excipée. En revanche, de forts arguments d'opportunité plaident en faveur de la non résurrection, même circonscrite au contentieux concerné, de l'état du droit tel qu'il existait avant l'édition de la norme reconnue illégale.

⁹⁰ Et ce bien que la constatation incidente de son illégalité ait servi de fondement à l'annulation de la mesure d'application attaquée au principal : il ne saurait en effet y avoir, selon l'expression employée par le commissaire du gouvernement Blum dans ses conclusions sur l'arrêt Lacan (C.E., 5/05/1911, p.532), d'annulation "par voie d'antécédence".

⁹¹ Réglade, "L'exception d'illégalité en France", *Revue du droit public* 1923, p.417.

⁹² Identité d'objet, de cause et de parties.

⁹³ Cf. *infra*, Partie II.

I - La règle de l'inapplication au litige de la réglementation antérieure

Ne possédant pas une force suffisante pour annihiler la décision qu'elle intéresse, la déclaration d'illégalité ne permet pas en principe, à la différence de l'annulation, la résurrection de l'acte préexistant. Cette implication de la survivance de l'acte vicié dans l'ordonnement juridique a été fort bien mise en lumière par les conclusions du commissaire du gouvernement Bacquet sur l'arrêt *Bargain*.⁹⁴ Il s'agissait en l'espèce d'un agent diplomatique qui s'était vu refuser par le ministre des affaires étrangères l'autorisation de se marier avec une ressortissante bulgare, et ce sur la base d'un décret de 1969 relatif au statut de ce corps de fonctionnaires. Le requérant contestait la mesure le frappant au motif que le décret qui la fondait était entaché d'incompétence, l'article 34 de la Constitution de 1958 confiant au seul législateur le soin de fixer les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État, garanties dont le droit au mariage semblait faire partie. Le commissaire du gouvernement admettait le bien-fondé du moyen, ce qui l'amenait à s'interroger sur le sort à réserver au litige. En effet, si la reconnaissance de l'illégalité du décret de 1969 aboutissait à écarter celui-ci en l'espèce, ne fallait-il pas considérer que la réglementation antérieure ressurgissait de ce simple fait ? Or, la norme irrégulière avait remplacé un décret de 1951 qui était parfaitement de nature à fournir une base légale au refus attaqué. M. Bacquet souhaitait que le Conseil d'État ne suivît pas cette logique, s'appuyant sur l'idée classique qui s'oppose à l'application au litige de la règle de droit abrogée par le texte reconnu illégal. La Haute juridiction exauça implicitement son vœu, puisqu'elle fit droit à la demande requérant et censura la mesure contestée. Elle écartait par là même toute velléité d'alignement, sur ce plan, des différents modes de découverte de l'illégalité, et confirmait ainsi une "doctrine ancienne et constante".⁹⁵

II - L'argumentation plaidant en faveur d'une telle solution

A. L'argument principal

En dehors de celui de pure logique qui veut que la présence non démentie d'un acte dans l'ordre juridique empêche naturellement que l'on puisse se référer à la décision qu'il remplace, un argument central était mis en avant par M. Bacquet pour justifier une telle attitude : il consistait à démontrer qu'une assimilation telle des effets de l'exception et de l'annulation "aurait pour conséquence de permettre à une requête présentée après l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir de produire néanmoins, par la voie de l'exception d'illégalité, un résultat analogue à celui d'un tel recours".⁹⁶ Il semble en effet extrêmement difficile de passer outre à la forclusion du délai de recours contentieux sans ruiner toutes les garanties que présente cette règle au regard de la sécurité des relations juridiques, garanties qui sont d'ailleurs à l'origine de son institution.⁹⁷

On pourrait certes soutenir que le fait d'écarter l'acte déclaré illégal au profit de la réglementation antérieure dans la seule espèce où ce moyen a été soulevé ne constitue qu'une

⁹⁴ C.E., Ass., 18/01/1980, p.29 ; *La Revue administrative* 1980, p.151, conclusions A. Bacquet ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.101, chronique Y. Robineau et M.-A. Feffer.

⁹⁵ Conclusions précitées, p.155.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Pour plus de précisions sur ce point, voir *infra*, Partie 2, Titre préliminaire.

atteinte très limitée à la règle de forclusion des délais, dans la mesure où l'effectivité de cette mise entre parenthèses n'intéressera que l'affaire en question, l'acte demeurant en vigueur et opposable aux administrés étrangers à celle-ci. Mais certains auteurs ont relevé le danger que présentait une telle situation, puisqu'elle revenait à faire coexister deux séries de règles : celles appliquées au litige en cause et celles édictées par le règlement illégal qui, n'ayant pas disparu, pouvait conceptuellement fonder de nouvelles décisions administratives.⁹⁸ Or l'application de deux règles différentes à des situations identiques et contemporaines heurte de plein fouet tous les principes régissant notre droit, et plus particulièrement celui d'égalité des citoyens devant la loi.⁹⁹

B. Les arguments supplémentaires

Deux autres justifications de la solution *Bargain* peuvent être fournies :

1 - Tout d'abord, la remise en vigueur de l'ancienne réglementation comporte le risque de voir ressurgir des textes vieillis, voire obsolètes. Lorsque l'administration procède au remplacement de ceux-ci, c'est souvent parce qu'ils se révèlent inadaptés à de nouvelles réalités. Il paraîtrait donc anormal, dans de nombreux cas, de faire subir aux administrés des contraintes auxquelles ils pourraient légitimement prétendre ne plus être soumis. Pour s'en tenir à l'affaire *Bargain*, n'aurait-il pas été paradoxal d'appliquer un texte ancien justifiant le refus de l'autorisation de mariage, quand on pouvait supposer, comme le laissait entendre M. Bacquet, que "la quasi interdiction de principe du mariage avec un conjoint étranger", de par son caractère "anachronique", ne serait pas reprise à l'avenir ?¹⁰⁰ De la même manière, quand l'ancienne réglementation prévoyait des avantages que rien ne justifie plus, on ne saurait songer à en faire bénéficier les administrés qui, par voie d'exception, ont réussi à démontrer l'illégalité du texte les ayant supprimés.

2 - Il a été également relevé un argument qualifié d'"institutionnel"¹⁰¹ : "pour certains règlements, seul le juge suprême peut prononcer l'annulation ; comment alors laisser n'importe quel juge, même administratif, décider du décret qu'il veut appliquer ?"¹⁰² L'auteur admet d'ailleurs qu'"on peut comprendre et même excuser ce réflexe hiérarchique, qui ne tient (...) qu'au légitime souci d'assurer autant que faire se peut une certaine stabilité aux décisions administratives, au moins les plus importantes".

⁹⁸ En ce sens, note Genevois sous C.E., Ass., 29/04/1981, *Ordre des architectes*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.432.

⁹⁹ Principe que le Conseil d'État a expressément qualifié de principe général du droit (C.E., Ass., 7/02/1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, p.74 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, 2, p.130, conclusions F. Grevisse, et p.220, chron. J. Fourmier et M. Combarnous) et auquel le Conseil constitutionnel soumet le législateur, en vertu des articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de 1789 (pour une rétrospective de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point, voir en particulier L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°21-6).

¹⁰⁰ Conclusions précitées, p.155.

¹⁰¹ Conclusions H. Toutée sur C.E., S., 9/06/1990, *Assaupamar*, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.13.

¹⁰² *Ibid.*

CHAPITRE 2. DISCORDANCE DES CHAINES D'ACTES CONCERNEES PAR L'ILLEGALITE CONSTATEE

Il s'agit à présent de mesurer l'impact de la constatation juridictionnelle d'une illégalité, non plus à l'égard de la décision viciée, mais sur un ensemble juridique plus vaste dans lequel elle peut s'insérer : très souvent, en effet, le jugement rendu met indirectement à jour d'autres irrégularités affectant non seulement les mesures que l'acte illégal a pu engendrer, mais également les décisions sur la base desquelles il a été pris, voire celles qui s'apparentent à lui.

Avant de mesurer plus précisément l'onde de choc que génère la décision du juge à l'égard de ces différents actes, il convient toutefois de présenter le concept qui nous servira d'instrument de mesure à cet effet, à savoir celui de "chaîne d'actes" dans laquelle s'insère la mesure irrégulière. Cette notion était contenue en germe dans la plupart des études consacrées au problème des incidences de l'annulation ; on en trouve même l'embryon dans une formule employée, à l'occasion de son travail sur l'exception de recours parallèle, par R. Guillen : "Comme il s'impose qu'entre tous les maillons de la chaîne des actes administratifs, il existe une incontestable solidarité, l'annulation obtenue par le recours pour excès de pouvoir rejaillira infailliblement sur les actes voisins"¹⁰³. La doctrine n'a toutefois jamais totalement exploré le filon ainsi dessiné,¹⁰⁴ et a en particulier complètement dédaigné cette voie pour l'étude des effets de la simple déclaration d'illégalité ; on semble pourtant détenir avec elle un outil privilégié d'exploration du problème général des conséquences de la constatation juridictionnelle d'une irrégularité sur les actes situés à la périphérie de la décision principalement visée. Le terme générique choisi s'impose d'ailleurs naturellement : puisqu'il nous faut mesurer l'amplitude de la "réaction en chaîne" que produira le jugement, autant faire ressortir cette idée dans l'appellation de notre instrument d'analyse. Dans l'acception que nous entendons lui donner, cette formule englobe donc l'ensemble des actes devant subir les conséquences indirectes de la constatation juridictionnelle d'une illégalité.

* Une telle vocation synthétique tend à rapprocher la notion d'une théorie mieux balisée car d'utilisation ancienne, celle d'"opération administrative"¹⁰⁵. Et, de fait, les points communs entre les deux concepts vont s'avérer fort nombreux. L'un et l'autre s'attachent tout d'abord à resituer l'acte administratif dans un système qui le dépasse et l'englobe. Comme le fait remarquer M. Charles, "rarement -l'administration- accomplira sa tâche par le truchement d'un acte ou d'un agissement isolé ; le plus généralement, son action va nécessiter de vastes opérations"¹⁰⁶. Or, l'intérêt des notions d'opération administrative et de chaîne d'actes est précisément de replacer un acte qui fait problème dans ce cadre général, de définir la "famille juridique" à laquelle il

¹⁰³ R. Guillen, *L'exception de recours parallèle*, Sirey, Paris, 1934, p. 187.

¹⁰⁴ Même si l'on voit poindre de temps en temps cette idée à l'occasion de tel ou tel article. Lire par exemple J.-B. Auby, "Petite loi d'urbanisme ; beaucoup de bruit sans raison", *Etudes foncières* n°62, mars 1994, p.7 : "Dans le contentieux de l'urbanisme, les "chaînes d'illégalités" sont immenses, tentaculaires. Nous voulons dire par là que les illégalités, notamment celles que peuvent receler les documents d'urbanisme, se diffusent à une infinité d'actes et de situations".

¹⁰⁵ L'ouvrage que M. H. Charles a consacré à cette notion (*Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français ; Contribution à une théorie de l'opération administrative*, L.G.D.J. 1968) fournira le point d'ancrage des développements à suivre. L'auteur y poursuivait le but de raviver cette vieille idée, consacrée tant par les textes que par la jurisprudence et les auteurs classiques, mais que la doctrine moderne avait quelque peu tendance à délaisser au profit d'une analyse plus "atomistique" du droit administratif, s'attachant par préférence aux actes plutôt qu'aux processus globaux auxquels ils s'intègrent (*Ibid.*, p.4 ; et pp. 15 s.).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.5. La notion d'opération administrative se définit ainsi comme une "œuvre que l'Administration poursuit ou qu'elle contrôle et à la réalisation de laquelle divers actes ou agissements sont exclusivement nécessaires"

appartient¹⁰⁷, et ce en vue d'en déduire certaines conséquences contentieuses qui excèdent ses limites. Nous avons donc affaire à deux méthodes de synthèse, destinées à relier des éléments déterminés à un ensemble molaire. En outre, de multiples ressemblances existent entre la composition d'une chaîne d'actes et celle d'une opération administrative : dans chacune d'entre elles, l'acte administratif¹⁰⁸ peut côtoyer des actes de régime, voire de nature différents. Ainsi trouvera-t-on parfois, au cœur d'une même chaîne, des décisions administratives et des décisions de droit privé¹⁰⁹, des actes juridiques¹¹⁰ et des actes matériels¹¹¹, comme c'est le cas en matière d'opérations administratives¹¹². En dépit de tous ces points de convergence, les deux notions sont loin de se confondre : si l'une et l'autre constituent une abstraction, destinée à rattacher un acte déterminé à un ensemble plus vaste, les finalités qu'elles assignent à cette reconstitution se distinguent nettement. Le concept d'opération administrative a été dégagé dans le but précis de clarifier la répartition des contentieux entre les différents juges. Il joue à ce propos à deux niveaux, tantôt au profit de la distinction de compétence entre les deux ordres de juridiction, tantôt pour commander l'intervention du juge de plein contentieux ou du juge de l'excès de pouvoir¹¹³. La notion de chaîne d'acte affiche, quant à elle, l'ambition plus modeste de déterminer, à l'intérieur d'une opération administrative, la portée des conséquences d'une constatation d'illégalité juridictionnelle donnée¹¹⁴. Par sa plasticité structurelle, elle n'encourt donc pas les reproches qui ont été adressés à la théorie de l'opération administrative¹¹⁵. En effet, si elle suppose un certain effort de synthèse, elle n'a pas, de par sa finalité, une vocation essentiellement systématique, abstraite et globalisante. Elle amènera certes à dégager des

¹⁰⁷ A cette fin, on s'emploie à mettre en lumière l'existence d'un lien privilégié en unissant les différentes composantes.

¹⁰⁸ Etant entendu que la présence d'actes administratifs apparaît indispensable. Ainsi, le concept de "chaîne d'actes" tel que nous allons le définir présuppose-t-il la constatation, par une juridiction administrative, de l'illégalité d'un acte administratif qui lui est soumis.

¹⁰⁹ On peut parfaitement illustrer cette idée au travers du contentieux de l'expropriation : si une juridiction administrative reconnaît l'irrégularité d'une D.U.P. ou d'un arrêté de cessibilité, l'étude de l'incidence de sa décision sur la chaîne d'actes intéressée devra porter non seulement sur l'ensemble des mesures qui constituent la phase administrative de la procédure, mais également sur celles, telles l'ordonnance d'expropriation ou la fixation des indemnités, qui ressortissent à la compétence judiciaire.

¹¹⁰ Notons que l'idée de chaîne d'actes ne saurait se dispenser de la présence d'un acte juridique : le contentieux administratif, en vertu de la règle de la décision préalable, ne permet pas au juge de se prononcer sur la légalité d'un agissement de l'administration qui ne s'accompagnerait pas d'une décision juridique ; or, la constatation d'une illégalité est toujours à la base du jeu de la notion proposée.

¹¹¹ Nous verrons que la constatation juridictionnelle de l'irrégularité d'une décision administrative produit souvent ses effets non seulement à l'égard d'autres actes juridiques, mais aussi sur certains faits dont il convient déterminer l'avenir (en particulier en matière de construction).

¹¹² H. Charles, *op. cit.*

¹¹³ *Ibid.*, p.4 : "Pour la jurisprudence, le mot d'opération recouvre l'idée qu'une tâche administrative représente, du point de vue contentieux, un ensemble uniforme : le régime juridique applicable et la compétence juridictionnelle sont déterminés globalement pour l'ensemble d'une activité".

¹¹⁴ G. Jèze, dès 1913, faisait de la même manière jouer alternativement le critère d'appartenance à une même "opération juridique" et l'idée d'un lien unissant les actes en cause pour déterminer les conséquences d'une annulation. ("Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques", *Revue du droit public* 1913, pp.324s).

¹¹⁵ Le fait que l'idée d'opération administrative ait souvent rebuté la doctrine vient de ce que le problème de la répartition des compétences se révèle tellement complexe qu'aucune théorie suffisamment monolithique -c'est-à-dire qui ne serait pas vidée de sa substance par un trop grand nombre d'exceptions- ne parvient à en faire le tour. La théorie de l'opération n'échappe pas à la règle, qui doit passer par la fiction de l'acte détachable pour expliquer toutes les complexités du droit positif et a été à ce titre critiquée (et ce même dans la préface, signée P. Weil, de l'ouvrage de M. Charles ! M. Weil souligne en effet que l'existence de l'acte détachable "constitue à la vérité la négation de la théorie de l'opération administrative" ou qu'elle "lui apporte à tout le moins une exception importante" (*ibid.*, p.VI)).

constantes qui dépassent le cadre de la simple espèce ; mais parallèlement, elle tiendra toujours un certains cas des variations des circonstances des différentes hypothèses envisagées, et ce dans la mesure où lesdites circonstances peuvent moduler l'étendue des chaînes étudiées. Entreront donc en ligne de compte les nombreuses nuances dessinées par les diverses situations rencontrées ; la théorie s'en nourrira, plutôt que de tenter artificiellement de les systématiser en principes et exceptions.

* A la lumière de la comparaison qui vient d'être menée, on peut donc prédéfinir une chaîne d'actes comme regroupant un certain nombre de décisions juridiques et d'agissements matériels susceptibles de subir le contrecoup de la reconnaissance, par le juge administratif, de l'illégalité d'un acte donné qui entretient avec eux des liens privilégiés. Mais pour pouvoir pousser plus à fond l'examen des concrétisations de cette définition, il nous faut encore montrer que l'idée de chaîne d'actes remplit ainsi une double fonction :

- Elle permet en premier lieu de déterminer quels actes seront potentiellement affectés par un jugement déclarant viciée une décision administrative. Là se trouve non seulement le rôle principal de la notion, mais son essence même : elle constitue l'instrument privilégié d'évaluation de l'impact que peut produire une décision juridictionnelle qui, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, constate l'anomalie d'une décision administrative, et ce parce qu'elle relie tout ce qui est susceptible d'en pâtir. La relation qui assure la cohésion entre ses différents maillons s'avère tellement étroite qu'elle peut servir de vecteur à la transmission de l'illégalité affectant l'un d'entre eux à toute la chaîne¹¹⁶.

- Cet office primordial comporte un deuxième volet, corrélatif au précédent : celui de borner les conséquences que peut produire la constatation de l'illégalité d'une décision sur d'autres mesures. Seuls les actes qui, avec la décision illégale, composent une telle chaîne, seront en effet potentiellement intéressés par le jugement intervenu. Par les limites naturelles qu'elles connaissent, les chaînes d'actes fixent ainsi l'étendue maximale des retombées de ce dernier. Le problème a été classiquement envisagé dans le cadre du contentieux de l'annulation. Depuis longtemps, en effet, nombre d'auteurs ont mis en avant que le champ des effets de celle-ci ne saurait présenter un caractère illimité, et ont pressenti l'idée de la chaîne d'actes. Leur analyse repose sur l'idée qu'il serait évidemment contraire à la nécessaire sécurité juridique d'étendre les effets d'un jugement d'annulation à des actes qui n'ont aucun lien, ou même simplement un rapport trop lointain, avec la décision censurée. M. Weil¹¹⁷, notamment, a parfaitement justifié cette restriction en établissant une différence entre effet *erga omnes* proprement dit et effet sur la totalité de l'ordonnement juridique : pour lui, l'effet *erga omnes* de l'annulation ne trouve pleinement à s'appliquer qu'au sein d'un ensemble de décisions structuré, assez solidaire, dans lequel s'insère l'acte qu'elle frappe. Il explique cette contagion par le fait que ces ensembles d'actes forment des entités. Lorsqu'une annulation frappe l'un d'eux, il est normal que cette censure ait des répercussions sur ceux qui, avec lui, composent l'entité considérée. On comprend qu'à l'inverse les effets de la décision juridictionnelle soient limités à la structure intéressée, et ne rejaillissent pas sur des entités distinctes, même si celles-ci apparaissent en fait matériellement très proches de celle qui subit les remous occasionnés par la censure. Comme on peut s'en apercevoir, l'analyse de M. Weil se rapproche clairement du concept de la chaîne d'actes : de la même façon qu'il est difficile de concevoir la possibilité d'ôter un maillon d'une chaîne sans en compromettre la solidité, il est logique d'octroyer une immunité aux éléments d'autres chaînes sans rapports avec la première. Il nous faut toutefois encore souligner le

¹¹⁶ Il peut être d'ailleurs dans les projets du requérant d'atteindre, par le biais de sa demande principale, un acte en rapport avec la décision qu'il vise (voir par exemple l'affaire Vacher-Desvernais développée plus bas).

¹¹⁷ *Op. cit.*, p.129.

caractère partiel de l'exploitation de cette idée par la doctrine classique¹¹⁸: personne ne s'est tout d'abord préoccupé de transposer ce raisonnement au cas de la constatation d'une illégalité par voie d'exception¹¹⁹, sans doute parce que, comme nous le verrons, la vision traditionnelle assignait bien peu de portée à une telle prise de position du juge. Mais surtout, aucun auteur n'a songé à se servir de l'idée de chaîne d'actes pour, toujours dans le cadre de l'exception d'illégalité, tenter d'expliquer d'autres règles qu'elle semble également gouverner.

Maintenant que nous avons mieux cerné l'idée de chaîne d'actes, il nous sera plus facile de mesurer l'étendue classiquement reconnue aux effets de l'annulation et de la simple déclaration d'illégalité. A ce propos, une différence d'amplitude apparaît nettement : la censure juridictionnelle d'une décision touche une chaîne d'actes beaucoup plus considérable que la reconnaissance incidente de son irrégularité.

SECTION 1. L'AMPLEUR DE LA CHAÎNE D'ACTES CONCERNÉE PAR L'ANNULATION

Une décision administrative annulée par le juge est censée n'avoir jamais existé, n'être jamais intervenue : elle se trouve rétroactivement effacée de l'ordre juridique.¹²⁰ Cette disparition soudaine crée une brèche dans le droit positif, brèche d'autant plus grande que "l'annulation (...) est susceptible, par le jeu naturel de sa rétroactivité, de provoquer l'illégalité d'autres décisions"¹²¹, à savoir celles dont l'existence était conditionnée par la présence de l'acte déchu. Si l'on désire déterminer la zone où se circonscrivent les effets d'une annulation, tout le problème réside donc dans l'identification précise de la chaîne d'actes -telle que nous l'avons définie- dans laquelle s'insère l'acte censuré. Cela pourrait sembler à première vue chose facile ; il n'en est rien, car plusieurs facteurs viennent compliquer l'analyse :

- Il arrive parfois que l'acte annulé contienne lui-même des éléments qui ne font pas tous partie de la même chaîne. C'est notamment le cas lorsque sont attaquées des décisions collectives. Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'annulation d'un arrêté collectif sur le recours d'un seul des agents intéressés n'a d'effet qu'à l'égard de ce dernier ; les dispositions concernant d'autres agents, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas formé de pourvoi, subsistent¹²².

- D'un autre côté, on pourrait être tenté de penser que, puisque les divers maillons de la chaîne sont constitués par des actes dont l'existence était conditionnée par celle de la mesure annulée - ceux-ci perdant tout fondement ou raison d'être du fait de la chute de cette dernière-, seules les décisions postérieures à l'acte annulé satisfont à cette exigence. Ces décisions jouissent naturellement d'une autonomie moindre par rapport à l'acte annulé que celles qui lui sont contemporaines, ou à plus forte raison antérieures. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence

¹¹⁸ Outre le fait que ce concept n'a jamais été dégagé en tant que tel, et que son utilisation n'a pas fait l'objet d'une systématisation de nature à lui donner un nom.

¹¹⁹ De fait, la simple déclaration d'illégalité d'une décision ne saurait produire d'effets hors de la chaîne d'actes illégaux dans laquelle elle s'insère.

¹²⁰ Sur le problème de la rétroactivité de l'annulation, voir *infra*.

¹²¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 904.

¹²² C.E., 18/02/1952, Coste, p.387 ; 16/05/1958, *Ministre de l'éducation nationale c/ Ricaud*, p.393.

montre qu'il n'en est rien : bien évidemment, on trouve dans les mesures ultérieures l'essentiel des éléments qui subiront le contrecoup de la censure juridictionnelle : ce sont elles que l'on qualifiera d'actes-conséquence ; mais d'autres mesures intègrent parfois les chaînes contaminées par le jugement, le champ des effets de l'annulation se révélant ainsi fort vaste. Les deux situations se doivent toutefois d'être clairement distinguées.

Paragraphe 1. Contamination usuelle des actes-conséquence

Avant de montrer que le juge se satisfait d'un lien très lâche entre acte annulé et acte-conséquence, il nous faut définir ce dernier, et montrer en particulier en quoi il constitue l'essentiel de la chaîne d'actes illégaux intéressée par l'annulation.

I - Le concept d'acte-conséquence

Nous attribuerons la paternité de cette notion à M. Weil, bien que celui-ci ait avoué en avoir trouvé la trace dans la doctrine antérieure. C'est lui en effet qui, dans son ouvrage fondamental consacré à l'étude des conséquences de l'annulation d'un acte administratif, en a dessiné les contours avec précision¹²³ ; et cette analyse fait depuis lors autorité. Aussi nous autoriserons-nous à reprendre, dans les grandes lignes, les développements que M. Weil a consacrés à l'idée d'acte-conséquence pour présenter rapidement ce concept, tout en nous démarquant parfois, sur certains points précis, de la construction initiale.

A. Définition du concept d'acte-conséquence

Pour P. Weil, nous sommes ici en présence d'"actes intervenus entre la confection de la décision illégale et son annulation"¹²⁴ et qui seront censurés "par voie de conséquence"¹²⁵ de celle-ci, selon l'expression consacrée par la jurisprudence administrative. On peut découvrir, au travers de cette double formule, les deux caractéristiques principales de l'acte-conséquence, acte à la fois postérieur à la mesure annulée et assujettie à celle-ci.

1 - Un acte postérieur

Par acte-conséquence, il faut nécessairement entendre mesure dont l'édition est intervenue postérieurement à celle de la décision qui fera l'objet de la censure juridictionnelle considérée. Ce point ne mériterait guère de développements supplémentaires si nous ne nous séparions pas de l'analyse pratiquée par P. Weil sur la question de la nature de cet acte postérieur : selon cet auteur en effet, il conviendrait d'exclure de la catégorie étudiée les actes matériels, pour la consacrer aux seuls actes normateurs¹²⁶. Aucune justification digne de ce nom n'est fournie à cette restriction, si ce n'est que les actes juridiques offrent moins de résistance que les faits matériels à l'automatisme qui doit caractériser leur disparition à la suite de celle de la mesure sur laquelle ils sont fondés. On peut légitimement regretter que la construction d'un principe théorique soit gouvernée par la prise en considération une exception purement

¹²³ *Op. cit.*, p.177 s.

¹²⁴ *Ibid.*, p.180.

¹²⁵ *Ibid.*, p.179.

¹²⁶ *Ibid.*, pp.180 et 181.

pratique : actes juridiques et actes matériels, en vertu de la règle de *restitutio in integrum*, doivent pareillement subir le contrecoup de la censure de la décision qui leur servait de base, et M. Weil est le premier à le souligner¹²⁷. En conséquence, pourquoi réserver la qualification d'actes-conséquence aux seuls premiers d'entre eux ? La notion sera donc ici entendue comme englobant tous les actes *lato sensu* (c'est-à-dire normateurs et matériels), pris sur la base de la décision annulée (et partant postérieurs à celle-ci), et qui tomberont du seul fait de la chute de cette dernière. Mais nous touchons déjà au deuxième volet de la définition de la notion.

2 - Un acte assujetti

L'acte-conséquence se situe dans une situation de dépendance étroite par rapport à celui qui subit les foudres du juge de l'excès de pouvoir : leurs sorts sont indissociablement liés, car il est inconcevable qu'à la suite de la disparition du second, le premier puisse se maintenir dans l'ordonnement juridique. La seule issue qu'offre l'annulation juridictionnelle suppose sa disparition subséquente. On retrouve ici l'idée - exprimée par M. Weil - d' "acte dominant"¹²⁸ : le phénomène de l'annulation par voie de conséquence ne se conçoit que dans la mesure où la décision annulée jouit d'un certain empire sur d'autres mesures. Seule cette prépondérance justifie en effet que la censure opérée par le juge s'étende à des actes qu'il n'a pas nécessairement eu à connaître.¹²⁹

Le moment n'est pas encore venu de tenter d'expliquer la teneur de cette domination. Nous nous en tiendrons ici à montrer objectivement que l'acte-conséquence chute automatiquement dès lors que l'acte dominant antérieur n'existe plus. Cet automatisme offre cependant un double visage, selon que l'acte subséquent a ou non fait l'objet d'un recours contentieux spécifique.

a) La chute provoquée de l'acte-conséquence

On ne peut proprement employer le terme "annulation par voie de conséquence" que dans la mesure où l'acte second a lui aussi fait l'objet d'un recours devant le juge administratif, seul habilité à prononcer des annulations. Et, de fait, les juridictions sont très souvent saisies de conclusions - jointes à la requête principale ou se présentant sous la forme d'un recours spécifique - contre cet acte second. Dans ce cas, s'il estime que la disparition de l'acte initial doit automatiquement entraîner celle de l'acte subséquent eu égard à l'étroitesse du lien unissant les deux actes, le juge considérera être en présence d'un acte-conséquence et réservera un sort favorable à la requête sans même avoir à se prononcer sur la légalité de ce dernier. Cette logique prévaut en effet invariablement, quand bien même l'acte-conséquence, pris à part, serait irréprochable. Elle joue également lorsque le moyen tiré de l'annulation par voie de conséquence n'a pas été expressément invoqué dans le pourvoi formé à l'encontre de l'acte second¹³⁰. L'explication de phénomène se situe évidemment dans l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à la première annulation : de la même manière qu'elle interdit au juge de

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, p.184 : "dans une série d'actes qui sont en relation les uns avec les autres, il y a parfois un acte qui domine tous les autres".

¹²⁹ Ainsi, par exemple, l'annulation d'un arrêté portant déclaration d'utilité publique n'entraîne pas la chute d'un acte amiable de cession postérieur à cette déclaration et portant sur les mêmes biens, dans la mesure où cette dernière ne conditionnait en rien sa validité juridique (C.E., 2/07/1975, Sieur Bizière, p.397).

¹³⁰ Dans ce cas de figure, il appartient au juge de soulever d'office ledit moyen dans la mesure où il revêt un caractère d'ordre public, dérivé de celui qui s'attache à l'autorité absolue de chose jugée : lire les conclusions S. Daël sur C.E., 21/03/1986, Kalck, *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.449.

tenir compte, à l'avenir, d'une décision qu'un jugement à réduit au néant¹³¹, elle lui impose la censure des mesures dont le sort était indissolublement lié à l'existence de celle-ci.¹³²

b) La chute spontanée de l'acte-conséquence

C'est encore l'autorité absolue de chose jugée qui va justifier la chute de l'acte-conséquence dans l'hypothèse où celui-ci n'a pas fait l'objet de conclusions spécifiques à son encontre. Il arrive en effet qu'une annulation induise l'obligation pour l'administration de procéder elle-même au retrait de certaines décisions subséquentes, sans pour autant que le juge soit saisi d'un quelconque recours à leur encontre. Il en va notamment ainsi lorsque l'administration est tenue de prendre certaines mesures afin de reconstituer la carrière d'un fonctionnaire consécutivement à l'annulation d'une mesure qui l'avait perturbée, et plus particulièrement d'une désinvestiture : le jugement suppose parfois le retrait, par l'autorité compétente, de la désignation du successeur, même lorsque cette dernière n'a pas fait l'objet d'un recours spécifique.¹³³

Les deux espèces suivantes vont illustrer ce cas de figure : dans l'affaire *Corvisy*,¹³⁴ le Conseil d'État remet en cause des nominations effectuées au poste de Conseiller de la Cour de Cassation dans la mesure où le requérant, qui avait obtenu l'annulation d'une révocation l'ayant frappé, avait droit à se voir réintégrer à la première vacance. De la même façon, lorsqu'a été annulé un tableau d'avancement, le Conseil d'État décide que l'administration, "pour assurer l'exécution de la décision ainsi intervenue", est tenue "de réviser rétroactivement toutes les nominations et promotions intervenues" postérieurement à l'édiction de ce tableau "dans la mesure où leur intervention a été la conséquence directe ou indirecte de l'irrégularité dont le tableau d'avancement en question était entaché", et ce "alors même qu'elles n'auraient pas fait ou qu'elles n'auraient pas fait en temps utile l'objet d'un recours contentieux"¹³⁵. On ne peut donc, dans ces hypothèses, opposer l'expiration du recours contentieux ouvert à l'encontre des actes-conséquence considérés : la chose jugée imposait à l'administration de réviser de son propre chef les décisions subséquentes après avoir déterminé quels actes devaient être rapportés ou refaits. Si elle ne s'y est pas résolue, le juge ne pourra que sanctionner cette attitude.

B. Supériorité du concept d'acte-conséquence par rapport à d'autres notions envisageables

Si nous nous sommes résolus à réemployer la vieille notion d'acte-conséquence au détriment d'autres idées plus récemment consacrées, c'est parce qu'elle possède de sérieux atouts.

¹³¹ Voir *supra*.

¹³² Pour deux exemples récents, voir C.E., 7/10/1992, Reverdy, p.356 ; *Dalloz* 1992, I.R., p.249 : (annulation de la décision mettant fin aux fonctions du directeur d'un établissement public entraînant celle de la nomination de son successeur) ; et C.E., 25/09/1992, Ynden-Allart, p.349, *La semaine juridique* 1992, n°21968, conclusions D. Kessler (annulation d'un tableau d'avancement emportant celle des promotions décidées sur sa base).

¹³³ C.E., S., 20/01/1939, Hollender, p. 20.

Pour plus de détails sur la portée de cette obligation, voir *infra*.

¹³⁴ C.E., 26/10/1960, p.1044 ; *Revue du droit public* 1961, p.185.

¹³⁵ C.E., 14/06/1967, Sieur Poujol, p.253.

1 - Avantages sur la notion de mesure d'application

Dans sa contribution aux mélanges offerts au professeur R. Chapus, M. Venezia a étudié cette notion de "mesure d'application"¹³⁶. La lecture de cet article a eu tôt fait de nous convaincre que ce concept, par l'amplitude des situations qu'il recouvre, s'avérait largement inadapté aux préoccupations qui sont ici les nôtres. Si l'on reprend en effet la présentation de M. Venezia, il convient de classer sous le terme générique de "mesures d'application" trois situations bien distinctes : la première intéresse les mesures prises "pour l'application" d'une norme donnée. La problématique qui s'attache à cette catégorie apparaît très éloignée de notre propos, puisqu'il s'agit simplement de déterminer si les "textes de portée réglementaire (...) venant préciser les détails ou les modalités d'application de règles édictées par une autorité supérieure" doivent ou non obligatoirement intervenir¹³⁷. Des deux autres notions qu'englobe la formule générique de mesure d'application, seule la première semble recouper notre matière : pour l'auteur, en effet, il conviendrait de distinguer entre mesures prises "en application" qui ont "simplement pour objet la concrétisation de cette règle, son application à une situation particulière"¹³⁸ et mesures prises "par application" d'une règle supérieure, à savoir celles qui se contentent d'intervenir dans un cadre normatif préexistant¹³⁹. M. Venezia affirme que seul le premier lien peut servir de vecteur à une annulation par voie de conséquence, le second n'étant pas suffisamment étroit pour permettre la contagion de la décision juridictionnelle. Ainsi, il est bien clair que la notion de "mesure d'application", de par la multiplicité des hypothèses qui la composent, ne saurait fournir un outil adapté à l'évaluation de l'impact d'une décision d'annulation. Mais pourquoi dès lors ne pas se servir de l'une de ses composantes, à savoir la notion de mesure prise en application - telle que définie par M. Venezia -, qui n'encourt pas le même reproche et semble, à première vue, totalement prédestinée à remplir cette tâche ?

2 - Avantages sur la notion de mesure prise en application

La distinction opérée par M. Venezia entre mesures prises "en application" et mesures prises "par application", si elle a le mérite d'être simple, trahit un défaut majeur qui semble d'ailleurs en rapport avec cette qualité : la démarcation ainsi dessinée apparaît bien trop nette, bien trop franche pour constituer un miroir fidèle de la réalité jurisprudentielle. Nous aurons l'occasion, au cours des développements à venir, de nous apercevoir que, s'il est vrai que l'annulation par voie de conséquence frappe généralement des "mesures prises en application" de la décision censurée, ce mécanisme joue également quelquefois à l'encontre d'actes qu'on ne saurait qualifier ainsi sans abus de langage. C'est pourquoi on préférera, en fin d'analyse, le concept d'acte-conséquence, qui transcende les deux catégories proposées par M. Venezia pour sélectionner tous les actes qui, à l'intérieur de chacune d'entre elles, subissent le contrecoup d'une annulation.

Le choix terminologique justifié, il convient maintenant de se pencher plus en détail sur la nature du lien qui unit acte annulé et acte-conséquence. Sa caractéristique principale réside sans conteste dans sa souplesse.

¹³⁶ "Les mesures d'application", in *Mélanges R. Chapus*, p 673.

¹³⁷ *Ibid.*, p.674.

¹³⁸ *Ibid.*, p.676.

¹³⁹ *Ibid.*, p.678

II - L'élasticité du lien unissant acte annulé et acte-conséquence

Hélas pour les faiseurs de systèmes, la jurisprudence en matière d'acte-conséquence apparaît beaucoup plus nuancée qu'on pourrait le penser de prime abord. Trois types de situations peuvent toutefois, sans encourir le risque de la caricature, se distinguer :

A. L'"application" *stricto sensu*

On peut tout d'abord se trouver dans l'hypothèse d'une "mesure prise en application" au sens où l'entend M. Venezia, lorsque la décision en cause n'a d'autre raison d'être que cette application¹⁴⁰. L'affaire *Syndicat national des transporteurs aériens*¹⁴¹ illustre parfaitement ce cas de figure : un décret créant une contribution à la charge des exploitants d'aéronefs et perçue par l'exploitant d'aérodrome ayant été annulé - au motif qu'une telle imposition ne pouvait être instituée que par une loi -, le juge a prononcé l'annulation par voie de conséquence d'un autre décret qui autorisait l'aéroport de Paris à percevoir ladite redevance. On le comprendra aisément : ce dernier perdait toute signification du fait de l'annulation du décret initial, sa seule justification résidant dans la mise en œuvre des principes posés par celui-ci.

Les exemples jurisprudentiels de cette situation sont innombrables. On peut citer au hasard le cas de l'annulation d'un décret instituant un comité technique paritaire dans un ministère, qui entraîne *ipso facto* la disparition d'un autre décret fixant les conditions de l'élection des membres de ce comité¹⁴² ; ou la chute, à la suite de la censure d'une décision du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes de ne pas tenir pour valables l'ensemble des titres de "post-graduate" délivrés par les établissements d'enseignement supérieur étrangers, de toutes les décisions individuelles de refus qui avaient été opposées sur cette base.¹⁴³ Dans le même ordre d'idée, le juge administratif annule l'élection du maire et de ses adjoints en conséquence de l'annulation de celle des membres du Conseil municipal.¹⁴⁴ D'une façon générale d'ailleurs, on peut dire que les "mesures prises en application" d'un règlement disparaissent dès lors que celui-ci est annulé.¹⁴⁵

B. La dépendance objective

Dans une deuxième catégorie d'hypothèses, il existe une autonomie un peu plus marquée entre les deux actes : le second n'est pas pris à proprement parler pour assurer l'application du premier, mais son existence ne peut se concevoir que dans la mesure où celui-ci est en vigueur.¹⁴⁶ C'est le cas d'une délégation de compétence consentie à un fonctionnaire, qui ne s'analyse évidemment pas comme une "mesure prise en application" de la nomination de celui-ci, mais qui perd tout fondement si cette nomination vient à être annulée par le juge de l'excès

¹⁴⁰ Dans la terminologie adoptée par M. P. Weil (*op. cit.*, p.185), il s'agit d'un "rapport de subordination".

¹⁴¹ C.E., 13/11/1987, *Revue française de droit administratif* 1987, p.1011.

¹⁴² C.E., Ass., 18/04/1980, S.N.E.Sup. et autres, p.183 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer.

¹⁴³ C.E., 16/03/1988, Lasry, p.122.

¹⁴⁴ C.E., Ass., 21/12/1990, Elections municipales de Mundolsheim ; *Le Quotidien juridique*, 2/05/1991, p.5, note B. Maligner.

¹⁴⁵ C.E., 22/03/1961, Simonet, p.211. Voir également C.E., 10/02/1965, Morati, p.91 ; et C.E., 17/06/1977, Mariot, p.699.

¹⁴⁶ Il s'agit ici du "rapport de causalité" mis en avant par M. P. Weil (*op. cit.*, p.185).

de pouvoir¹⁴⁷. De même, l'annulation d'un tableau d'avancement entraîne celle des tableaux d'avancement ultérieurs, ce que le commissaire du gouvernement Daël justifiait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Kalck*¹⁴⁸, "par l'étroit enchaînement des tableaux entre eux, dans cet univers relativement clos des corps où la concurrence ultérieure pour l'avancement dépend des promotions antérieures. La disparition d'un seul maillon brise la chaîne", bien que celle-ci ne se compose pas d'actes pris "en application" les uns des autres au sens strict¹⁴⁹. Cette dépendance objective ne se cantonne pas aux seuls actes non réglementaires : ainsi, dans un arrêt récent, le Conseil d'État a-t-il jugé que l'annulation d'un P.O.S. rendu public entraînait, par voie de conséquence, celle du plan approuvé qui lui fait suite.¹⁵⁰

C. La dépendance subjective

Dans quelques cas enfin, le lien apparaît avec moins d'évidence, et c'est au juge qu'il incombera de vérifier, dans chaque espèce, si l'acte subséquent était ou non en situation de dépendance suffisamment étroite par rapport à la décision frappée d'annulation pour en subir le contrecoup. Les solutions varient selon les affaires et l'appréciation portée par les différentes juridictions :

1 - L'importance des "circonstances de l'espèce"

Il faut mettre ici en avant que, dans un certain nombre d'espèces, la qualification d'acte-conséquence dépend d'une estimation effectuée par le juge non plus au vu de critères prédéfinis et intangibles, mais au regard des diverses pièces versées au dossier. Cette appréciation le fera tantôt pencher en faveur d'une annulation par voie de conséquence, tantôt repousser ce mécanisme :

a) Parfois en effet, le lien n'est pas jugé assez étroit pour servir de vecteur à la transmission de l'illégalité. Ce fut le cas dans l'affaire *Dame Gallois*¹⁵¹ où le Conseil d'État, ayant annulé une sanction de déplacement d'office d'un fonctionnaire, refusa d'annuler par voie de conséquence l'arrêté acceptant la démission de l'intéressée, alors même que celle-ci mettait en avant que cette démission avait été déterminée par les inconvénients que présentait pour elle ce déplacement.

b) Au contraire, le juge annulera par exemple une décision accordant un congé administratif de quatre mois à un professeur agrégé faisant l'objet d'une mutation d'office en conséquence de l'annulation de cette dernière, lorsqu'"il résulte de l'ensemble des circonstances de l'affaire" que les deux mesures sont "étroitement liées"¹⁵². Dans le même ordre d'idée, la juridiction

¹⁴⁷ C.E., S., 4/06/1982, Association des administrateurs civils des affaires culturelles, p.210 ; Actualité juridique, *Droit administratif* 1982, p.602, conclusions M. Roux.

¹⁴⁸ Conclusions précitées.

¹⁴⁹ Un autre exemple récent de ce type de situations nous est fourni par deux décisions rendues le même jour par la C.A.A. de Paris : il a été en effet décidé que l'annulation d'un arrêté préfectoral de placement d'office dans un hôpital psychiatrique (1ère espèce) ou d'une décision de maintien en placement d'office (2ème espèce) privait rétroactivement de base légale l'état exécutoire émis par l'hôpital pour le remboursement du forfait journalier prévu par la loi : C.A.A. Paris, 31/03/1992, Siedel ; et Ballestra c/ C.H.S. de Villejuif, *Lebon* p.1233 ; voir également C.E., 14/04/1995, Consorts Dulière (s'agissant de la chute, par voie de conséquence de l'annulation de délibérations approuvant une participation du budget général d'une commune au budget annexe d'un service public, des décisions fixant les modalités de ladite participation).

¹⁵⁰ C.E., 23/04/1993, Consorts Bo, p.143.

¹⁵¹ C.E., 28/07/1952, p.421.

¹⁵² C.E., 20/07/1971, Sieur Faruggia, p.543.

administrative a déjà prononcé l'annulation par voie de conséquence d'une sanction uniquement motivée par le souci de l'administration d'échapper à une reconstitution totale de la carrière de l'agent à laquelle celui-ci avait droit : le refus de procéder pleinement à cette reconstitution ayant été annulé, la sanction, qui "apparaît dans les circonstances de l'affaire et compte tenu notamment de la date à laquelle - elle - est intervenue, comme la conséquence" de ce refus, tombe à son tour.¹⁵³

Dans tous ces cas, le sort de l'acte second dépend donc de l'appréciation portée par le juge sur les circonstances d'espèce. Mais grande est la latitude dont jouit ce dernier pour déterminer s'il est ou non en présence d'un acte-conséquence.

2 - La totale liberté d'appréciation du juge

Un cas particulièrement remarquable, issu d'un litige relatif aux élections municipales de 1983, va nous permettre d'illustrer le degré de liberté dont jouit la juridiction administrative dans l'appréciation du lien juridique qui unit deux actes successifs. Ces élections étaient, pour la première fois, organisées dans les villes de plus de 3500 habitants sur la base du scrutin mi-majoritaire, mi-proportionnel, instauré par la loi du 19 novembre 1982 en vue d'assurer à l'une des listes la majorité au sein du Conseil municipal. A la suite de nombreux recours, plusieurs tribunaux administratifs avaient été amenés à rectifier, comme il rentre dans le pouvoir du juge de l'élection de le faire, les résultats de différents scrutins. Dans la plupart des cas, du fait du mode de scrutin choisi, les résultats des élections s'étaient trouvés purement et simplement inversés. Il en fut ainsi concernant la commune de Villepinte, où les 27 élus de la majorité proclamée au soir des élections ne se retrouvèrent qu'au nombre de 8 après rectification des résultats, le nombre d'élus initialement minoritaires passant pour sa part de 8 à 27. Le problème résidait dans le fait que le Conseil municipal avait procédé à l'élection du maire avant l'intervention de la décision juridictionnelle ; or le choix s'était évidemment porté sur la tête de liste du groupe alors majoritaire. Une fois les résultats inversés, ce maire, bien que ne représentant qu'une liste devenue minoritaire, pouvait-il rester en fonctions ? *A priori*, aucun argument juridique ne s'y opposait, dans la mesure où, malgré la rectification opérée par le juge, l'intéressé faisait toujours partie du Conseil municipal : étant tête de liste, il constituait nécessairement l'un des 8 "survivants" de l'ancienne majorité. Le maire pouvait certes choisir la solution politiquement honnête et respectueuse du suffrage universel et de la chose jugée¹⁵⁴ consistant à présenter sa démission. Mais s'il s'y refusait, comme c'était le cas en l'espèce, de nombreux blocages et dysfonctionnements étaient à prévoir au sein du Conseil municipal dans les mois à venir.

L'Assemblée du contentieux¹⁵⁵ se montra soucieuse d'éviter de tels inconvénients et, par une construction assez audacieuse, identifia un lien étroit entre la présence d'une majorité donnée au sein du Conseil municipal et le choix du maire en mettant en avant la volonté du législateur de 1982. Le système électoral mis sur pied impliquant nécessairement qu'une majorité homogène - puisqu'issue de l'une des listes en présence - se dégage, la Haute

¹⁵³ C.E., 20/04/1951, Sieur Chinaud, p.206.

¹⁵⁴ J. de Soto, "Le Conseil d'État et les élections municipales", notes de jurisprudence, *Revue du droit public* 1984, p.1684.

¹⁵⁵ C.E., Ass, 27/01/1984, Elections du maire de Villepinte, p.27 ; *Revue du droit public* 1984, p.1673, note de Soto préc. ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.334, chron. B. Lasserre et S. Hubac ; *Les petites affiches*, 2 mars 1984, p.11, note J.F..

Assemblée en a déduit que le législateur avait obligatoirement sous-entendu que le maire et ses adjoints devaient procéder de celle-ci.¹⁵⁶ Elle s'est ainsi autorisée à procéder, en conséquence de l'inversion des résultats de l'élection municipale, à l'annulation de l'élection du maire et de ses adjoints dans la mesure où celle-ci avait elle-même fait l'objet d'un recours recevable. Même s'il ne s'agit pas ici à proprement parler d'annulation par voie de conséquence d'une annulation précédente (puisque l'élection du Conseil municipal n'a pas été annulée mais simplement rectifiée), on mesure la marge dont dispose le juge quant à la détermination du degré de relations qu'entretiennent deux actes administratifs, afin de déterminer si le second - chronologiquement parlant - constitue un acte-conséquence du premier.

Et cet arbitraire est d'autant plus patent qu'il a, toujours dans le contentieux électoral, également joué en sens inverse. La jurisprudence estime en effet qu'une annulation ne permet pas toujours la révision d'actes qui semblent pourtant fondés sur la décision censurée, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas été attaqués dans le délai de recours contentieux. Malgré la jurisprudence *Élection du maire de Villepinte* sus-décrite, le Conseil d'État a ainsi jugé que, lorsque l'élection du maire n'a pas fait l'objet d'un recours propre dans le délai prévu à cet effet par l'article L.122.7 du code des Communes (à savoir 5 jours), celle-ci ne peut plus se voir mise en cause, et ce même si le juge de l'élection a inversé les résultats initiaux, cette décision étant "sans incidence sur la computation du délai susmentionné et n'(ayant) notamment pas pour effet de le rouvrir"¹⁵⁷. On peut s'étonner de ce que la Haute juridiction, s'étant montrée assez audacieuse dans le premier temps de son raisonnement, fasse preuve ici d'une telle frilosité, qui la conduit à accepter les inconvénients auxquels, en adoptant la solution "élection du maire de Villepinte", elle avait voulu obvier.¹⁵⁸

Si la catégorie des actes-conséquence est la victime privilégiée des incidences d'une annulation sur des décisions autres que la décision annulée, il serait faux de croire qu'elle constitue à elle seule la chaîne d'actes que la censure juridictionnelle peut intéresser.

Paragraphe 2. Contamination éventuelle d'autres décisions liées à l'acte annulé

L'acte administratif censuré s'inscrit souvent dans un processus assez complexe, englobant en particulier certaines décisions antérieures qui ont pu lui servir de fondement, ces derniers fournissant également parfois une base juridique à des actes analogues à celui qu'atteint la censure juridictionnelle. A l'égard de tous ces actes, le principe consacré est celui de la non propagation des effets de l'annulation ; toutefois, nous allons constater que le juge jouit, une fois encore, d'une assez grande liberté en la matière, et que son appréciation au cas par cas peut se jouer relativement aisément de ces règles dont l'inflexibilité n'est qu'apparente.

¹⁵⁶ ..."en entendant dégager ainsi une majorité au sein du Conseil municipal, le législateur a aussi nécessairement entendu que ce soit cette majorité, légalement investie de ce mandat par les électeurs, qui contribue à l'élection du maire et de ses adjoints".

¹⁵⁷ C.E., 21/12/1983, Election du maire de Limeil-Brévannes, p.520, *Revue du droit public* 1984, p.206, note R. Drago.

¹⁵⁸ D'autant que d'autres solutions s'offraient à elle, et notamment celle de l'illégalité du fait d'un changement de circonstances. Lire note R. Drago précitée ; et sur l'ensemble du problème, voir F.-P. Benoît, "L'incidence sur l'élection du maire de la modification ultérieure de la proclamation des conseillers élus", in *Mélanges J.-M. Auby* 1992, p.365 ; ainsi que B. Maligner, "Les conséquences de l'annulation des élections municipales", *Revue française de la décentralisation*, septembre 1995, p.70.

I - Le principe : aucune incidence de l'annulation hors des actes-conséquence

L'acte-conséquence, de par sa postériorité, prête naturellement le flanc aux contrecoups de l'annulation de l'acte-base. Ce caractère fait défaut aux décisions que nous envisageons à présent, ce qui explique leur immunité de principe.

A. Pour ce qui est des actes analogues à l'acte annulé

Afin de ne pas conférer à l'annulation une portée exagérément étendue, le juge a dégagé la règle selon laquelle l'annulation ne peut avoir en principe d'incidences sur les actes identiques à l'acte annulé. On cite traditionnellement¹⁵⁹ en exemple à ce propos l'affaire *Trèbes*¹⁶⁰ qui avait abouti à l'annulation d'opérations d'intégration effectuées dans un ministère. Or, il se trouvait que d'autres opérations du même type avaient eu lieu, dans les mêmes conditions, dans d'autres ministères, mais celles-ci n'avaient fait l'objet d'aucun recours dans les délais. Permettre la contagion de l'annulation prononcée à ces opérations non attaquées aurait équivalu à rendre platoniques les règles relatives aux délais contentieux, et par là même à compromettre la nécessaire stabilité des relations juridiques, sans qu'on puisse justifier cette atteinte par une réelle relation de cause à effet, les opérations d'intégration menées dans les différents ministères étant juridiquement distinctes. C'est donc dans le souci d'éviter ces trop lointaines répercussions du jugement que l'administration édicta une circulaire limitant expressément les effets de l'annulation prononcée au seul ministère directement concerné.

Outre l'affaire *Trèbes*, de nombreuses jurisprudences peuvent être relevées en vue d'illustrer cette idée. C'est ainsi - pour n'en citer qu'un - que l'annulation d'une décision relative au statut d'un agent public ne produit en principe aucun effet sur une décision similaire prise à l'égard d'un de ses collègues, qui n'a pas, pour sa part, formé de pourvoi.¹⁶¹

B. Pour ce qui est des actes antérieurs à l'acte annulé

Nous avons déjà montré que l'annulation d'un acte pouvait conduire à la résurrection d'actes antérieurs.¹⁶² Nous nous situons ici totalement à l'opposé de cette problématique, puisque ce il s'agit de déterminer l'étendue des effets négatifs, destructifs, qu'une annulation peut produire sur d'autres actes. Pour ce qui est donc des actes antérieurs à la décision annulée, le Conseil d'État a depuis longtemps posé le principe de l'absence totale de répercussion du jugement sur ceux-ci.¹⁶³ On conçoit aisément que ce qui est valable pour les actes identiques le soit *a fortiori* pour les actes antérieurs. Ces derniers ont en effet le plus souvent acquis un caractère définitif du fait de l'expiration du délai de recours à leur égard, et ne peuvent dès lors être remis en cause, même lorsque l'annulation ultérieure d'une mesure d'application démontre leur illégalité.

¹⁵⁹ Voir notamment P. Weil, *op. cit.*, p.128.

¹⁶⁰ C.E., 11/03/1949, p.105 ; *Sirey* 1950.3.23 ; *La Revue administrative* 1949, p.260, note Liet-Vaux.

¹⁶¹ C.E., 23/06/1954, Henrich, p.375.

¹⁶² Voir *supra*, chapitre 1.

¹⁶³ C.E., 5/05/1911, Lacan, p.532, conclusions L. Blum.

Le principe d'immunité dont nous venons de déterminer le contenu n'a cependant pas une portée absolue et tombe dans certains cas particuliers.

II - Les assouplissements du principe

A. L'annulation par voie de connexité

L'annulation, nous venons de l'affirmer, n'a en principe aucun effet sur les actes similaires non attaqués dans les délais. Cette règle connaît cependant une exception lorsque le juge considère qu'il existe, entre l'acte annulé et certaines décisions qui en sont proches, un lien suffisamment fort pour faire pénétrer ces dernières dans la chaîne d'actes devant pâtir de la décision juridictionnelle : il s'agit de la théorie dite de l'annulation "par voie de connexité", qui n'est en somme qu'une forme particulière d'annulation par voie de conséquence appliquée à des mesures que le défaut de postériorité interdit de qualifier d'actes-conséquence. La jurisprudence, souhaitant enfermer cette exception dans d'étroites limites, ne l'a guère admise que dans deux hypothèses relativement circonscrites :

1 - La première recouvre les annulations d'actes fixant l'ancienneté d'un agent public. Dans ce cas, les décisions arrêtant l'ancienneté des fonctionnaires du même corps affectées de la même illégalité tombent également, qu'elles aient fait ou non l'objet d'un recours spécifique¹⁶⁴ ; un refus de l'autorité administrative de réviser la situation d'un des agents intéressés, bien que celui-ci ait omis d'attaquer la mesure l'ayant frappé dans les délais, est par suite entaché d'illégalité¹⁶⁵. MM. Auby et Drago¹⁶⁶ expliquent cette jurisprudence par le fait qu'il s'agit d'"agents dont la carrière est comparable et doit être régie selon des règles uniformes". Cette préoccupation justifie que le juge lui ait sacrifié la règle de non-extension de l'annulation aux décisions identiques, du moins dans l'hypothèse du calcul d'ancienneté, calcul primordial dans la carrière d'un fonctionnaire. La jurisprudence reste au contraire fidèle au principe traditionnel si cette question n'est pas en cause¹⁶⁷, et notamment s'agissant des décisions moins importantes comme en matière de traitement.¹⁶⁸

2 - La deuxième hypothèse semble encore plus ponctuelle et relève même sans doute du cas d'espèce : un requérant ayant obtenu l'annulation d'une décision ministérielle entérinant l'avis d'une commission spéciale de remembrement en ce qui concernait les attributions qui lui avaient été consenties, doublée de l'annulation de l'arrêté de clôture des opérations, le Conseil d'État relève que "l'exécution dudit jugement (...) comportera nécessairement, en raison de la connexité qui existe entre les diverses attributions, la remise en cause des droits acquis par les tiers dans la mesure où celle-ci sera nécessaire pour assurer la révision des attributions du requérant"¹⁶⁹. C'est une fois de plus la combinaison entre autorité de chose jugée qui s'attache à l'annulation et spécificité du contentieux en cause (par définition, le remembrement intéresse

¹⁶⁴ C.E., 26/01/1943, Glon, p.134 ; *Dalloz Hebdomadaire* 1934, p.136 ; *Sirey* 1934.3.47.

¹⁶⁵ C.E., 14/05/1980, *Ministre de l'Intérieur c/ Souarn*, p.843.

¹⁶⁶ *Théorie des recours administratifs*, p.556, n°380.

¹⁶⁷ C.E., 3/12/1954, *Caudissery*, p. 640 ; *Dalloz* 1955, p.204, note P. Weil.

¹⁶⁸ L'arrêt *Le Goff* (C.E., 21/01/1955, p.39) est explicite à cet égard : "s'agissant de mesures concernant uniquement les droits à solde du requérant, la circonstance que d'autres militaires ont obtenu du Conseil d'État l'annulation de décisions semblables n'a pas eu pour effet d'obliger l'administration à réviser la situation du Sieur Le Goff".

¹⁶⁹ C.E., 11/12/1970, *Sieur Schwetzoff*, p.765.

conjointement, dans le cadre d'une même opération, plusieurs biens appartenant à des personnes distinctes) qui permet la contagion de l'illégalité reconnue aux actes dont le maintien est inconciliable avec une pleine exécution du jugement considéré.

B - La mise à l'écart ponctuelle du principe en matière d'actes antérieurs

Seules quelques espèces ont donné lieu à une extension des effets de l'annulation aux mesures qui avaient précédé l'acte censuré :

1 - Ainsi en a-t-il été, par exemple, en matière d'urbanisme, dans une affaire où était en cause l'approbation d'un P.A.Z. qui conditionnait l'avenir d'une Z.A.C.¹⁷⁰ : faute d'intervention de ladite approbation avant le 30 juin 1980, la Z.A.C. serait frappée de caducité. Un P.A.Z. fut certes approuvé dans les délais, le 28 décembre 1979, mais cette décision fut annulée par le juge de l'excès de pouvoir le 14 septembre 1983. On aurait pu penser, et ce fut d'ailleurs le raisonnement tenu par le commissaire du gouvernement Charles de la Verpillère, que, du fait de la disparition rétroactive du P.A.Z., l'administration était à nouveau placée dans la situation où elle se trouvait le jour de la prise de cet acte, et qu'elle disposait donc encore de six mois pour remplacer le document annulé. Mais le Conseil d'État n'a pas suivi ces conclusions et, appliquant strictement le principe de la rétroactivité, a considéré que la Z.A.C. était devenue caduque, le P.A.Z. pris dans les délais étant réputé n'être jamais intervenu du fait de son annulation, la date limite du 30 juin 1980 se trouvant en conséquence dépassée.¹⁷¹ On s'aperçoit donc que lorsque la survenance de l'acte annulé conditionne la survivance d'une décision antérieure, l'annulation juridictionnelle peut avoir des répercussions négatives sur cette dernière.

2 - Une autre illustration de remise en cause d'un acte antérieur du fait d'une annulation ressort de l'arrêt *Sieur Vacher-Desvernais*¹⁷². Le Conseil d'État y avait - par exception - admis, "en raison de l'indivisibilité existant dans les circonstances de l'affaire entre la cessation des fonctions du Sieur Vacher-Desvernais et la nomination de son successeur", l'intérêt du requérant à agir contre cette dernière. La Haute juridiction devait même accéder à la demande de celui-ci et annuler cette nomination. L'annulation en cause devait-elle rejaillir sur la décision d'éviction de l'intéressé, étant entendu que, bien que prises par le biais d'un seul et même arrêté, les deux décisions n'étaient pas pour autant concomitantes et constituaient deux décisions individuelles bien distinctes ? Plus encore, comme le soulignait M. Durand-Prinborgne¹⁷³, "même si, dans cette hypothèse, cessation de fonctions et nomination sont effectuées à la même date, par le même acte (...), la vacance doit précéder le remplacement, sinon il y aurait nomination anticipée". Le problème revenait donc à déterminer si l'annulation du remplacement pouvait induire celle de l'éviction, c'est-à-dire d'une mesure juridiquement antérieure. Le Conseil d'État considéra qu'il devait en être ainsi "dans les circonstances de l'affaire et en raison du caractère indivisible que présente l'arrêté". Cette formulation laconique n'explique guère l'entorse ainsi occasionnée au principe d'immunité de l'acte antérieur ; de surcroît, la contagion

¹⁷⁰ C.E., 10/06/1988, S.C.I. de la Z.A.C. de Villarceau, p.240.

Actualité juridique, Droit administratif 1988, p.443, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre.

¹⁷¹ L'administration était donc dans l'obligation, si elle le désirait, de recommencer la procédure depuis le début, et donc d'adopter une nouvelle Z.A.C. Cela peut paraître une complication inutile en l'espèce. C'est pourquoi le commissaire du gouvernement avait proposé la solution susdécrite.

¹⁷² C.E., S., 18/10/1968, p.494, *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.167, note C. Durand-Prinborgne.

¹⁷³ Note précitée.

de l'annulation prononcée semblait d'autant moins s'imposer en l'espèce que celle-ci l'avait été pour simple vice de procédure.

Il nous est loisible, au travers des différents exemples qui précèdent, de mesurer la latitude dont dispose le juge pour s'écarter quand il le désire du principe pourtant bien établi qui s'oppose à la contamination, par l'annulation, de décisions qu'on ne saurait analyser comme constituant des actes-conséquence de la mesure censurée. On pourrait certes faire remarquer que, dans toutes les espèces citées, le lien qui unit les deux actes en cause s'avère particulièrement étroit et s'assimile, par là même, à celui qui rattache un acte-conséquence à son acte-base. Il n'en reste pas moins que le Conseil d'État n'hésite pas à étendre parfois la chaîne d'actes concernée par une annulation à des mesures antérieures ou identiques à la décision censurée, et que le bien-fondé de son appréciation souveraine n'est pas toujours vérifiable, comme en témoigne le libellé sibyllin de l'arrêt *Vacher-Desvernais*.

Si la chaîne d'actes illégaux touchée par une annulation se révèle relativement étendue, on ne peut pas en dire autant de celle qui englobe une décision simplement déclarée illégale ; celle-ci connaît en effet une double limite inconnue en matière d'annulation.

SECTION 2. L'ETROITESSE DE LA CHAINE D'ACTES CONCERNEE PAR LA DECLARATION D'ILLEGALITE

L'impact de la déclaration d'irrégularité d'un acte par voie d'exception se révèle beaucoup moins large que celui d'une annulation. Deux bornes remarquables lui sont en effet posées : tout d'abord une pareille déclaration produit son unique effet à l'égard d'un seul acte, postérieur à l'acte irrégulier, à savoir celui qui a donné prise au contentieux en cause ; ensuite l'appréciation du lien qui unit ces deux décisions apparaît beaucoup plus sévère qu'en matière d'annulation.

Paragraphe 1. Une étroitesse issue de la stricte bipolarité du mécanisme de l'exception.

Contrairement à l'annulation dont les effets négatifs irradiant vers de nombreux actes, la reconnaissance de l'illégalité par voie d'exception frappe une chaîne d'actes réduite à sa plus simple expression, puisqu'elle ne recèle que deux maillons. Nous présenterons ce phénomène avant de l'expliquer.

I - Les deux lois de la bipolarité¹⁷⁴

La nature même de l'exception, sa raison d'être, postule, lorsqu'elle aboutit à une déclaration d'illégalité, la disparition d'au moins un acte : celui dont le requérant poursuit l'annulation au principal. Mais il s'agit là d'une incidence exclusive. Les deux maximes qui régissent cette bipolarité s'avèrent en conséquence extrêmement simples à formuler ; elles se démarquent toutes deux de ce que l'on a pu enregistrer dans le domaine de l'annulation.

¹⁷⁴ Afin d'effectuer un parallèle valable avec les effets de l'annulation, nous ne raisonnerons ici évidemment qu'à l'égard des exceptions soulevées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

A. Seul un acte-conséquence est touché

Depuis 1907 et l'arrêt *Dame Delpéch*¹⁷⁵, la possibilité reconnue à un requérant d'attaquer une mesure d'application d'un règlement en mettant en avant l'irrégularité de ce dernier n'a plus jamais été déniée¹⁷⁶. L'administré peut ainsi pousser le juge à censurer une mesure qui le touche directement au motif que l'acte qui la fonde est entaché d'illégalité.¹⁷⁷ La décision attaquée au principal présente donc toutes les caractéristiques que nous avons prêtées à l'acte-conséquence : il s'agit par définition d'une mesure subséquente à l'acte dont l'irrégularité est invoquée par voie incidente, puisqu'elle s'inscrit dans le cadre fixé au préalable par ce dernier ; elle remplit parallèlement la condition d'assujettissement nécessaire à la transmission de l'illégalité, puisque elle tombera en conséquence de la constatation, par le juge, du vice affectant l'acte qui lui fournissait un fondement juridique.

Il s'agit donc bel et bien un acte-conséquence qui sera affecté par la simple déclaration d'illégalité d'une décision donnée. De surcroît, il nous faut souligner qu'aucun autre type d'acte n'est susceptible de subir un pareil sort, à l'inverse de ce que l'on a remarqué en matière d'annulation : il ne saurait en effet être ici question d'une quelconque influence de la dénonciation de l'acte vicié sur les actes antérieurs ou identiques à celui-ci : dans la mesure où lui-même ne subit pas directement les effets du jugement qui le frappe¹⁷⁸, on ne saurait raisonnablement envisager une possible extension de ceux-ci à des décisions précédentes ou voisines.

B. Un seul acte-conséquence est touché

Voici une deuxième singularité des effets de la simple déclaration d'illégalité : non seulement la chaîne d'acte n'intéresse que la catégorie des actes-conséquence de la décision reconnue irrégulière, mais en plus, elle n'admet en son sein qu'un seul d'entre eux, à savoir celui qui sert de support au litige à l'occasion duquel a été soulevée l'exception. Cette exclusivité comporte deux implications.

¹⁷⁵ C.E., 22/03/1907 ; *Dalloz* 1908, 3, p.101 ; voir également C.E., 29/05/1908, Poulin, p.580, *Dalloz* 1910, 3, p.17.

Retraçant les premiers temps de cette jurisprudence, voir notamment Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926, pp.151 et 152.

¹⁷⁶ La solution était en effet distincte au siècle dernier dans la mesure où le Conseil d'État considérait les actes d'application comme de simples actes confirmatifs.

Sur l'évolution de l'analyse pratiquée par celui-ci, voir notamment Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir de 1872 à 1900*, p.94.

¹⁷⁷ Cette solution a été étendue au déféré préfectoral : le préfet est recevable à exciper de l'illégalité d'un règlement pris par une autorité décentralisée qu'il a omis d'attaquer directement devant le tribunal administratif, à l'appui d'un déféré dirigé contre une mesure d'application de ce texte (C.E., 9/12/1988, Département du Tarn-et-Garonne, p.433 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.268).

¹⁷⁸ Voir *supra*, Chapitre précédent.

Un arrêt très ancien avait certes opté pour la solution inverse en annulant à la fois la mesure d'application et le règlement irrégulier sur la base duquel celle-ci avait été prise ; mais ce précédent est demeuré sans descendance (Cf C.E., 5/06/1908, Henry, *Dalloz* 1910, III, p.17).

1 - La chute spontanée des autres actes-conséquence est exclue

Rappelons en guise de préliminaire que l'acte convaincu d'illégalité ne disparaît pas *ipso facto* de l'ordonnancement juridique. Pour cette bonne et simple raison, il n'existe aucune raison de contraindre l'administration à revenir de son propre chef sur les éventuelles concrétisations qu'elle a pu lui donner, puisque le fondement de ces dernières n'a jamais cessé d'exister. La seule sanction des actes-conséquence autres que celui qui a donné lieu à l'exception n'est donc ici imaginable qu'à l'occasion d'un recours propre exercé contre l'un de ceux-ci. Leur immunité apparaît dès lors nettement plus marquée qu'en matière d'annulation : nous avons certes vu que, dans ce dernier cas également, les annulations par voie de conséquence proprement dites ne sont effectives que dans la mesure où les applications ultérieures ont été attaquées devant le juge en temps utile ; mais on sait également qu'en l'absence d'une pareille démarche, il est des hypothèses où l'administration est dans l'obligation de procéder au retrait de certaines mesures d'application de l'acte annulé¹⁷⁹. Rien de tel lorsque l'illégalité de l'acte a disparu à l'occasion d'une exception : ni le requérant, ni tout autre justiciable ne peut prétendre à la disparition d'aucune des autres mesures prises sur la base de l'acte dont l'illégalité a été avérée, sauf à les attaquer à leur tour pour excès de pouvoir. Mais, outre que ce dernier cas de figure suppose que soient réunies les conditions de recevabilité du recours - en particulier celles qui s'attachent à l'intérêt à agir et au délai¹⁸⁰ -, il apparaît, au vu de la jurisprudence, que l'issue d'un nouveau litige n'est en rien dictée par l'appréciation première opérée dans le contentieux initial.

2 - La chute provoquée des autres actes-conséquence n'est pas automatique

La simple déclaration de l'illégalité d'un acte par un juge administratif - serait-ce par le Conseil d'État lui-même - est classiquement considérée comme ne s'imposant pas à l'ordre juridictionnel administratif. Particulièrement parlante à cet égard est la jurisprudence ayant conduit le Conseil d'État à déclarer illégal, à la suite d'un recours direct en appréciation de validité, l'article 75 du règlement du personnel navigant commercial d'Air France qui accordait aux personnels de sexe masculin la possibilité de prolonger leur activité en vol jusqu'à 55 ans et déniait celle-ci aux personnels féminins, obligés quant à eux d'interrompre leurs fonctions une fois atteint l'âge de 50 ans. Dans un premier arrêt¹⁸¹ rendu sur des conclusions P. Dondoux¹⁸², le Conseil d'État reconnut le caractère illégal des dispositions contestées parce que contraires aux "principes rappelés par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 qu'aucune discrimination ne peut être faite dans les conditions d'emploi des hommes et des femmes", le commissaire du gouvernement ayant démontré qu'il était "très difficile d'estimer que la nature des fonctions exercées par les hôtesses et les stewards (...) justifiaient voire exigeaient des dérogations" à ce principe¹⁸³. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État eut à se prononcer sur une requête de même nature présentée par une autre hôtesse d'Air France¹⁸⁴. Or, loin de se référer à la décision *Dlle Baudet*, le juge examina à

¹⁷⁹ Voir *supra*, Section précédente.

¹⁸⁰ Si le délai est forclus, la mesure d'application de l'acte reconnu illégal sera en effet naturellement considérée définitive.

¹⁸¹ C.E., S., 6/02/1981, *Dlle Baudet*, p.53.

¹⁸² *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.489.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ C.E., 5/06/1981 *Dlle Layani* ; *Droit administratif* 1981, n°244 ; *Revue du droit public* 1982, p.528.

La solution aurait été bien évidemment différente si le règlement avait été annulé. En effet, dans cette hypothèse, un recours en appréciation de validité ultérieur intenté contre la disposition ayant été censurée par le juge de l'excès de pouvoir est déclaré sans objet, cette dernière étant censée n'avoir jamais existé.

nouveau la légalité de l'article 75 du règlement litigieux, avant d'aboutir à une solution analogue.¹⁸⁵

Le mécanisme de l'exception d'illégalité repose donc simplement sur une relation bipolaire entre, d'un côté, l'acte argué d'illégalité et, d'un autre côté, l'acte-conséquence qui seul va subir les conséquences de cette illégalité : en dehors de ce lien, la reconnaissance de l'irrégularité d'un acte par voie d'exception n'a point de retombées. Cette construction restrictive a de quoi surprendre ; c'est pourquoi il n'est pas inutile de se pencher d'un peu plus près sur les arguments qui ont été avancés pour la légitimer.

II - L'explication de la bipolarité : le jeu de la relativité de l'autorité de chose jugée

Nous nous trouvons ici à nouveau confrontés à une conséquence de l'autorité relative de chose jugée s'attachant à la reconnaissance de l'irrégularité d'un acte qui ne débouche pas sur une annulation juridictionnelle¹⁸⁶. Le temps paraît venu d'entrer un peu plus dans le détail, et de montrer en quoi cette force relative classiquement dévolue à la déclaration d'illégalité interdit la contagion de celle-ci aux actes pris sur le fondement du texte irrégulier qui n'ont pas été directement attaqués devant le juge de l'excès de pouvoir. Il n'est cependant pas question d'entreprendre ici par le menu l'étude de l'autorité qui s'attache à la *res judicata*, étude qui déborderait trop largement le cadre de notre propos. Rappelons simplement que cette autorité résulte tant de la mission du juge - "pilier de l'ordre social et agent essentiel de la paix civile"¹⁸⁷ - que de "l'idée que tout procès doit avoir une fin, et ne peut être indéfiniment recommencé"¹⁸⁸ ; elle induit trois préceptes bien distincts et complémentaires : "ce qui a été jugé ne peut l'être de nouveau ; ce qui a été jugé ne peut être contredit ; ce qui a été jugé doit être exécuté"¹⁸⁹.

Cela étant, tout juriste sait que l'étendue de cette chose jugée, hormis certains cas particuliers tels que l'annulation pour excès de pouvoir (dont le caractère absolu a déjà été souligné), se voit conditionnée par la triple identité de parties, d'objet et de cause consacrée par l'article 1351 du code civil¹⁹⁰, et dont le Conseil d'État a reconnu qu'elle s'appliquait également au contentieux administratif¹⁹¹. Il est ainsi traditionnel de considérer que cette relativité caractérise notamment la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception. Mais on devra préciser quelle identité fait défaut lorsqu'un requérant invoque une irrégularité déjà avérée par un jugement antérieur, car un faux-semblant pourrait induire en erreur celui qui n'y prêterait qu'une attention relative.

¹⁸⁵ Cf : C.E., 3/06/1981, Mme Kriskaoui, arrêt précité

¹⁸⁶ Il a déjà été expliqué comment le jeu de ce principe aboutissait à la conception traditionnelle de la survivance de l'acte déclaré illégal dans l'ordonnancement juridique.

Voir *supra*, Chapitre 1.

¹⁸⁷ Selon l'expression de G. Delvolvé, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, "Chose jugée", n°4.

¹⁸⁸ M. Waline, note sous C.E., 20/06/1958, Guimezanes et 25/06/1958, Bliger, *Revue du droit public* 1959, p.108.

¹⁸⁹ G. Delvolvé, *ibid.*

D. de Béchillon explique cette triple exigence par le caractère normatif de la chose jugée ("Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Revue du droit public* 1994, p.1793 s., notes 4 et 5).

¹⁹⁰ "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formées par elles et contre elles en la même qualité."

¹⁹¹ Par exemple C.E., 26/02/1937, Société des ciments Portland de Lorraine, p.254 ; et C.E., 25/07/1939, Sauvaire, p.530.

A. L'identité d'objet

On pourrait, à première vue, être tenté de croire que les deux requêtes successives qui soulèvent la même exception d'illégalité souffrent d'une divergence d'objet¹⁹², dans la mesure où ce que demandent au principal les seconds justiciables diffère de l'objet du recours premier : ce dernier visait en effet la disparition d'une mesure d'application donnée, qui frappait de plein fouet le requérant d'alors ; les nouveaux recours tendent pour leur part à réduire à néant d'autres mesures qui intéressent au premier chef d'autres administrés. Le simple fait qu'ils mettent eux aussi en avant l'illégalité de l'acte réglementaire constatée par le juge lors du litige initial suffit-il à établir une identité d'objet ? Une réponse négative semble d'autant plus s'imposer que la jurisprudence classique du Conseil d'État n'en voit pas entre deux requêtes dirigées contre deux actes distincts, comportant pourtant des dispositions identiques, mais ayant un champ d'application différent¹⁹³.

Il s'agit là en fait d'un simple problème d'optique : ce qu'il nous faut considérer n'est pas la demande principale adressée au juge, c'est-à-dire le recours pour excès de pouvoir intenté contre la mesure d'application. Parce qu'il ne s'agit pas ici de déterminer quelle sera l'autorité du jugement fixant le sort de l'acte-conséquence (autorité relative ou absolue selon que la requête aura été rejetée ou accueillie) mais bien l'étendue de celle qui caractérisera la constatation incidente d'une illégalité, il convient de s'attacher seulement à l'objet qui visait, par delà la requête en annulation, à faire ressortir ce vice. Or, la mise en cause de la légalité de l'acte-base constitue un objet en soi qui transcende les différentes espèces et demeure identique, quoiqu'invoqué à des fins différentes. Ce qui pousse donc le juge, en vertu de l'autorité relative qu'il reconnaît aux simples déclarations d'illégalité, à statuer à nouveau sur les exceptions qui se fondent sur une illégalité déjà avérée, ne peut résulter d'une discordance d'objet. Il nous faut donc le rechercher dans les autres identités prévues par l'article 1351.

B. L'identité supposée de cause

Il pèse une forte présomption d'identité de cause¹⁹⁴ sur deux exceptions d'illégalité successives qui remettent en question la régularité d'un même acte-base. En effet, dans la mesure où le moyen incident soulevé à l'occasion du premier litige a été accueilli, on concevrait mal que le second requérant prenne le risque, en se fondant sur une cause différente, de voir le sien rejeté¹⁹⁵. Quand bien même il se risquerait à une telle éventualité, il faut rappeler que, dans le cadre de l'excès de pouvoir, le Conseil d'État, depuis l'arrêt de Section *Société Intercopie*¹⁹⁶, ne reconnaît que deux types de causes juridiques, calqués sur la distinction fondamentale entre

¹⁹² L'objet n'est rien d'autre que le résultat que cherche à atteindre un requérant.

¹⁹³ C.E., 22/11/1968, Syndicat chrétien de l'administration centrale des affaires sociales, p.583.

¹⁹⁴ C'est-à-dire "le principe juridique en vertu duquel le plaideur réclame l'objet de la demande" (P. Azard, L'immutabilité de la demande en droit judiciaire, p.25 ; cité par C. Guettier, "Chose jugée", *Jurisclasseur Dalloz*, fasc. 1110, n°20) ; ou, en d'autres termes "le fait juridique qui justifie la demande, la catégorie de droit qui sert de fondement à la prétention" (conclusions Guionin sur C.E., S., 12/07/1955, Grunberg, p.407).

¹⁹⁵ Ainsi, dans l'affaire Dlle Layani précitée, la requérante se fondait sur la même illégalité que celle qui avait permis l'accueil du moyen dans l'arrêt Dlle Baudet, à savoir la violation du principe constitutionnel d'égalité entre hommes et femmes.

¹⁹⁶ 20/02/1953, p.88 ; pour une application postérieure, voir l'arrêt Bliger précité (C.E., 25/06/1958, p.384).

Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'existe qu'une seule cause dans la contestation incidente d'un acte administratif (ce qui induirait une identité nécessaire de cause entre deux exceptions successives) ; il convient une fois encore de se placer du point de vue de la seule demande principale, et de considérer qu'à cet égard, soulever une exception revient invariablement à soulever un moyen de légalité interne.

légalité interne et externe. Cette classification dichotomique réduit encore les chances de trouver deux exceptions identiques basées sur deux causes différentes¹⁹⁷. Il faut en conséquence examiner la condition inhérente aux parties au litige pour trouver la clé du comportement du juge administratif.

C. La différenciation ordinaire des parties

C'est donc la troisième des identités évoquées par l'article 1351 qui se trouve ici en cause à titre principal : en règle générale, deux exceptions d'illégalité successives ne sont pas invoquées par le même requérant ; c'est un nouvel administré, à qui il est fait application de l'acte dont la première instance a conclu au vice, qui soulèvera la seconde. Dans une telle hypothèse, le Conseil d'État décide tout naturellement qu'un jugement revêtu d'une simple autorité relative n'a aucune influence sur la personne qui n'y était pas partie¹⁹⁸ ; cette autorité est dite *res inter alios judicata*, ce qui sous-entend qu'elle ne saurait être invoquée ni par les tiers, ni contre eux. En ce qui concerne les simples constatations d'illégalité, cette vision classique avait déjà été explicitée par Laferrière, pour qui de telles appréciations "ne sauraient avoir une portée plus étendue que la décision portée sur le fond même du litige" dont elles constituent un élément de solution¹⁹⁹. Ainsi, lorsque le juge reconnaît fondé le moyen arguant de l'illégalité d'un acte au soutien d'un recours pour excès de pouvoir intenté contre un acte d'application de celui-ci, il n'est pas censé se prononcer une fois pour toutes sur les éventuels recours postérieurs analogues formés par d'autres administrés : la non-identité de parties aboutit, dans cette dernière hypothèse, à l'obligation de statuer à nouveau sur la question déjà tranchée à l'occasion du litige initial²⁰⁰ ; il n'est donc pas conceptuellement exclu - surtout si la juridiction saisie n'est pas celle qui a primitivement statué - que le juge adopte une attitude à l'antipode de celle qu'il avait privilégiée dans le contentieux originaire. Mais si, par extraordinaire, un nouveau recours formé par le premier requérant à l'encontre d'une autre mesure d'application de l'acte déjà déclaré illégal soulevait derechef le moyen tiré de l'irrégularité de ce dernier, on peut penser que le juge se dispenserait d'un deuxième examen de légalité, l'autorité de chose jugée s'imposant à lui en présence de la triple identité de parties, d'objet, et - par postulat - de cause.

La bipolarité qui caractérise le mécanisme de l'exception n'est pas la seule restriction qu'enregistrent dans ce domaine les chaînes d'actes par rapport à celles qui englobent des décisions frappées d'annulation ; il faut corrélativement insister sur le fait que le lien qui unit les

¹⁹⁷ L'éventualité n'en est pourtant pas à exclure totalement, malgré ce que pourrait laisser à penser un faux-semblant de l'ordre de celui rencontré en matière d'objet. Selon une jurisprudence bien arrêtée en effet, tous les moyens dirigés contre l'acte dont l'illégalité est contestée par voie d'exception, même s'ils s'intéressent à sa forme, se rattachent à la même cause juridique, car constituant des moyens de légalité interne : C.E., 20/01/1988, M. et Mme Le Roux, p.39 et 1er/06/1990, ministre des affaires sociales c/ Leonetti, Gaz. Pal 1990, Lettres de Jurisprudence, p.534 : recevabilité de moyens -pourtant déposés hors délai- tirés d'illégalités affectant les forme et de procédure d'un acte-base déposés à l'appui d'une requête qui ne développait que des moyens de légalité interne.

¹⁹⁸ Ce principe est depuis longtemps consacré : suivant l'avis de son commissaire du gouvernement Chamblain pour qui "il ne peut y avoir de chose jugée qu'entre les mêmes parties", le Conseil d'État l'a posé dès 1863 (C.E., 16/04/1863, Chemins de fer d'Orléans, p.396) et l'a confirmé souvent depuis :

Voir notamment : C.E., S., 2/02/1934, Cne de Laguëpie c/ conjoints Roumagnac, p.168 ; et C.E., S., 29/11/1974, Epoux Grevy, p.600, conclusions Bertrand.

Dans le même sens, H. Berthélemy soulignait que "ce n'est pas à une interprétation générale que le Conseil d'État peut procéder ; ce serait revenir aux arrêts de règlements" (*Traité de droit administratif*, p.1144).

¹⁹⁹ *Traité de la juridiction administrative*, t.2, p.601 s.

²⁰⁰ Laferrière, *op. cit.*, p.621 : la décision interprétative "ne saurait faire obstacle à de nouvelles demandes d'interprétation".

deux actes concernés y est apprécié de façon nettement plus sévère qu'en matière d'annulations successives.

Paragraphe 2. Une étroitesse accentuée par l'exigence d'un lien serré entre acte argué d'illégalité et acte-conséquence

Traditionnellement, le juge ne s'autorise à examiner le moyen tiré de l'illégalité d'un acte antérieur qu'à la condition que ce dernier entretienne un lien suffisant avec la décision contestée au principal. A défaut l'exception ne pourra être considérée comme utilement soulevée ; elle sera jugée inopérante, et cela quand bien même elle serait intrinsèquement recevable. Il semble nécessaire, avant de poursuivre notre propos, de fournir quelque justification sur l'insertion de ce problème dans une étude qui n'est censée traiter que des incidences des constatations d'illégalité opérées par le juge. On pourrait en effet nous reprocher de nous intéresser aux conditions d'utilité de l'exception, alors qu'il s'agit d'exigences qui ne jouent que préventivement à l'appréciation juridictionnelle et sont susceptibles de s'opposer à la réalisation de celle-ci. En dépit des apparences, ce point entretient des relations étroites avec nos présentes préoccupations, et cela pour deux raisons bien précises :

- la première réside dans le fait que la problématique en cause n'est pas dépourvue de toute incidence sur les effets de l'exception, du fait de la relation strictement bipolaire qui gouvernent ceux-ci : en contestant l'utilité du moyen incident, le juge s'oppose par avance à la réalisation son unique effet, à savoir la chute de la mesure contestée au principal. La bipolarité du mécanisme déjà mise en avant induit que toute restriction apportée à la possibilité de soulever une exception implique nécessairement la contrariété de la conséquence exclusive que son admission aurait produite²⁰¹.

- la seconde - et peut-être la principale - naît de l'idée de chaîne d'actes dont nous avons plus haut défini les contours. Ce concept, en plus de son rôle principal de regroupement des décisions affectées par une constatation juridictionnelle d'illégalité, s'avère en effet parfaitement adapté à la détermination des actes à l'encontre desquels on peut soulever utilement un moyen incident : l'utilité de l'exception ne sera admise que dans la mesure où décision arguée d'illégalité et décision subséquente appartiennent à la même chaîne. Plusieurs solutions jurisprudentielles ont montré, en ce sens, que le fait, pour les deux actes en cause, d'appartenir à des chaînes distinctes condamnait le moyen à l'impuissance : ainsi, le juge s'oppose à l'utilité de l'exception lorsque l'illégalité de la décision originaire est, en tout état de cause, sans influence sur la régularité de la décision attaquée. Il en va par exemple de la sorte lorsqu'un requérant se prévaut des irrégularités qui entachaient sa notation pour contester la légalité d'un tableau d'avancement postérieur, s'"il résulte des pièces versées au dossier que (...) l'administration s'est uniquement fondée sur ce que l'intéressé avait, par lettre (...), demandé expressément à ne pas y être inscrit (...), les irrégularités ainsi invoquées n'ayant pas en fait eu d'influence sur la décision de l'administration"²⁰². De la même façon, un justiciable ne peut utilement, par voie incidente, opposer le vice affectant un acte réglementaire à l'appui d'un recours intenté contre une mesure qui le frappe, dès lors qu'il existe une trop grande indépendance entre les deux actes : l'absence de tout lien unissant ces derniers ruine sa prétention. Le juge a, en ce sens, estimé qu'un particulier ne saurait utilement se prévaloir des irrégularités entachant un article donné d'un

²⁰¹ Nous retrouverons ce paramètre en matière de recevabilité de l'exception (voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I).

²⁰² C.E., S., 22/11/1963, Sieur Vanesse, p.577.

décret lorsque l'arrêté qu'il conteste au principal a été pris sur la base d'un autre article dudit décret²⁰³. Le Conseil d'État a d'ailleurs clairement posé la règle qui veut que le règlement contesté ne peut l'être que "dans celles de ses dispositions qui ont servi de base à la décision attaquée"²⁰⁴. Avoir privilégié le concept de chaîne d'actes illégaux comme instrument d'analyse nous conduit par conséquent tout naturellement à incorporer dans notre étude les développements sur l'utilité de l'exception. Venons-en donc incessamment au fond du problème.

A la lecture de la jurisprudence, il apparaît que la nature du lien requis varie selon que la décision arguée d'illégalité présente ou non un caractère réglementaire, les exigences du juge semblant plus fortes dans le premier cas. Mais, par delà cette différence, on s'apercevra que le rapport entre acte attaqué au principal et acte incidemment contesté se révèle de toute manière plus étriqué que celui qu'on enregistre dans le domaine de l'annulation par voie de conséquence.

I - Des impératifs gradués

Il existe un fort contraste selon que l'acte dont la légalité est incidemment mise en cause s'analyse comme une mesure réglementaire, ou comme une décision ne revêtant pas ce caractère.

A .Une sévérité atténuée en cas de mise en cause d'un acte non réglementaire

Dans ce cas de figure, l'enchaînement requis entre les deux pôles du mécanisme apparaît suffisamment souple pour qu'on doive s'interroger sur les motivations qui conduisent le juge à une telle permissivité.

1 - Le rapport d'"influence"

A l'appui d'un recours dirigé contre une décision ultérieure, il est parfois possible d'invoquer, malgré le principe d'intangibilité qui protège leur catégorie, l'illégalité d'actes non réglementaires²⁰⁵. Le juge se contente alors de ce qu'un tel acte ait été "susceptible d'exercer une influence"²⁰⁶ sur la décision dont l'annulation est demandée pour déclarer le moyen opérant : ainsi peut être utilement invoquée l'irrégularité de la notation d'un fonctionnaire ayant pu avoir des incidences sur l'établissement d'un tableau d'avancement ultérieur, à l'appui d'un

²⁰³ C.E., S., 14/02/1958, Sté des laboratoires Roger Bellon, p.100 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, II, p.171, conclusions M. Long.

Il est clair que l'article mis en cause dans ce cas ne constitue pas, selon l'expression du commissaire du gouvernement, "le fondement de la décision faisant grief".

²⁰⁴ C.E., S., 18/02/1949, Dame Denayer, p.80.

En l'espèce, la requérante ne pouvait utilement contester un refus du préfet de police de lui accorder l'autorisation d'ouvrir un débit de boissons qu'en excipant des seules dispositions du règlement de police sur la base duquel a été pris un refus qui concernent la zone géographique dans laquelle la requérante projetait de s'installer.

A l'inverse, le requérant qui sollicite l'annulation d'une décision individuelle le frappant pourra éventuellement s'appuyer sur l'irrégularité des dispositions d'un règlement "dont il lui a été fait personnellement application" : C.E., 14/12/1981, Huet, p.466.

²⁰⁵ Voir *infra*, Partie II, Titre préliminaire.

²⁰⁶ C.E., S., 23/11/1962, Camara, p.627.

recours contre ce dernier²⁰⁷. Parfois, pourtant, certains arrêts ont pu exiger que cette contamination de la décision attaquée résulte clairement de l'instruction²⁰⁸. Il n'en reste pas moins que cette notion d'"influence" ne paraît pas extrêmement rigide et ouvre la porte à une contestation assez largement admise.

2 - Les raisons de cette tolérance

La "générosité" du juge en la matière ne doit pas nous illusionner : le principe d'intangibilité sus-évoqué relègue en effet la contestation par voie d'exception de mesures non réglementaires à des hypothèses très résiduelles, résultant la plupart du temps d'un défaut de publicité qui a empêché le délai de recours contentieux de courir²⁰⁹. On se doit, de surcroît, de souligner que l'invocation d'un acte non réglementaire ne paraît admise qu'à l'appui d'un recours en annulation d'un acte lui-même non réglementaire. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le fait qu'un propriétaire ait obtenu, en vertu de diverses décisions individuelles, des droits acquis sur le terrain qu'il possède, n'influe pas sur la légalité d'un P.O.S. ultérieur faisant figurer les terrains en question dans une zone inconstructible²¹⁰. Le permis de construire délivré sous l'empire de l'ancien plan continue certes, en principe, à produire tous ses effets, mais "les droits subjectifs ainsi constitués ne peuvent en aucune manière faire obstacle aux normes objectives que la réglementation d'urbanisme édicte"²¹¹. Même s'il ne s'agit pas ici, à proprement parler, d'une exception d'illégalité, le raisonnement du juge nous semble parfaitement transposable à cette technique : on ne saurait dès lors utilement invoquer l'irrégularité d'une décision individuelle pour étayer un recours intenté contre un acte réglementaire.

Toutes ces restrictions sont de nature à expliquer la souplesse dont fait preuve le juge dans ce domaine : celle-ci demeure une exception, au même titre que l'admission de la contestation incidente d'une mesure non réglementaire. L'étude de l'utilité de la contestation indirecte d'une décision réglementaire s'avérera beaucoup plus représentative de l'état du droit jurisprudentiel.

B. Une sévérité accrue lorsqu'est mis en cause un acte réglementaire

Le juge se montre ici nettement plus exigeant (même si, dans cette hypothèse, il est indifférent que la décision subséquente directement attaquée présente ou non un caractère réglementaire²¹²). En effet, l'utilité de l'exception n'est admise qu'à l'appui d'un recours dirigé

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Cf., a contrario, C.E., S., 4/06/1954, Dlle Leroux, p.348.

On peut noter en outre que certaines décisions sont réputées sans influence sur d'autres, ce qui interdit par avance l'utilité du moyen. C'est ce raisonnement que tient en particulier le juge lorsqu'est instauré un recours administratif comme préalable obligatoire à un éventuel recours juridictionnel : les vices qui pouvaient entacher la décision initiale sont ininvoquables à l'appui d'une requête dirigée contre la décision définitive de l'administration (voir par exemple C.E., 27/02/1956, Association des propriétaires du Chesne, p.92 ; 10/06/1988, Epoux Kienzi-Rohmer, *Droit administratif* 1988, n°407 ; et 21/11/1990, Bourlier, *Revue française de droit administratif* 1991, p.205).

²⁰⁹ C'était par exemple le cas dans l'affaire Camara.

²¹⁰ C.E., 6/06/1980, Dame Cartotto, p.799 ; *Droit administratif* 1980, n°286 ; *Dalloz* 1980, I.R., p.534, obs. Charles.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Cet acte directement attaqué peut être indifféremment d'un niveau inférieur ou égal, dans la hiérarchie des normes, à celui dont est excipée l'illégalité.

Cf. respectivement : C.E., Ass., 26/06/1953, Detruiseux, p.320 ; C.E., S., 21/01/1983, Syndicat national des médecins chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, p.18.

contre une "mesure d'application" du règlement argué d'illégalité²¹³. Cette formulation, qui est celle employée par la jurisprudence²¹⁴, correspond aux "mesures prises en application" dans la typologie proposée par M. Venezia²¹⁵; elle a été notamment adoptée par un considérant de principe issu de l'arrêt Sté des établissements Petitjean²¹⁶: "si les requérants peuvent invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative l'illégalité dont serait entaché un règlement définitif (...), un tel moyen 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".

A en croire M. Venezia, le lien imposé par la jurisprudence serait le même que celui qui permet, en sens inverse, à une annulation, de se répercuter par voie de conséquence sur d'autres actes. On ne saurait cependant se contenter de cette assertion, car des problèmes bien spécifiques à l'utilité de l'exception méritent qu'on s'y attarde. En effet, même si la notion de "mesure d'application" peut à première vue sembler facile à cerner, il n'en est rien, parce qu'elle recouvre une multiplicité d'hypothèses distinctes, au point de faire "renoncer" certains à "en présenter un tableau ordonné"²¹⁷. Ce que l'on peut toutefois en dire, c'est qu'elle paraît se démarquer nettement du simple rapport d'"influence" exigé en matière de mise en cause d'un acte non réglementaire, en ceci qu'elle suppose un lien de dépendance beaucoup plus étroit. Cette impression se forge en étudiant a contrario la jurisprudence qui dénie le caractère de "mesure d'application" à certaines décisions : on peut ainsi tenter d'esquisser ce que représente cette notion aux yeux du juge administratif.

1 - L'exclusion de certaines corrélations

a) Il ne suffit pas, en premier lieu, que l'intervention du règlement ait simplement motivé celle de la mesure attaquée, pour que cette dernière soit considérée comme en constituant une "mesure d'application". C'est ainsi par exemple que le Conseil d'État a jugé, dans une affaire où des élèves de l'École de Santé des Armées de Bordeaux avaient été amenés à démissionner après avoir été informés par le ministère de la Défense de l'impossibilité dans laquelle ils se seraient dorénavant trouvés, du fait de la publication d'un décret l'interdisant, de se présenter au concours de l'internat des hôpitaux civils, que les décisions dudit ministère acceptant les démissions de ces élèves et décidant qu'ils effectueraient les obligations du service national actif ne constituaient pas des mesures d'application de ce décret²¹⁸. Une telle qualification paraissait en effet difficilement concevable. Il n'empêche qu'un lien existait entre ces différents actes, dans la mesure où les démissions avaient été exclusivement motivées par l'intervention du décret en question.

²¹³ Et encore ne faut-il pas que ledit règlement ait été pris dans le cadre d'une compétence liée de l'administration, le moyen tiré de son irrégularité étant dans ce cas systématiquement regardé comme inopérant : C.E., 25/07/1980, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Sté centrale d'affichage et de publicité*, p.318.

²¹⁴ Nous allons voir qu'elle est complétée par la condition de subordination de la légalité de la mesure d'application à celle du règlement argué d'illégalité ; mais nous ne nous attarderons pas ici sur ce point dans la mesure où il va de soi lorsqu'on prend pour référence, comme nous l'avons fait, le concept d'acte-conséquence (voir *supra*).

²¹⁵ Voir *supra*.

²¹⁶ C.E., S., 19/02/1967, p.63 ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1967, p.681, conclusions N. Questiaux.

²¹⁷ Conclusions D. Labetoulle sur l'arrêt C.E., S., 17/10/1980 Bert, *Lebon* 1980, p.371 s.

Cette notion ne pose pas simplement problème en droit français, mais embarrasse de nombreux ordres juridiques, et notamment l'ordre communautaire. Voir sur ce point P. Dubois, "L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés Européennes", *Cahiers de Droit européen* 1978, p.434.

²¹⁸ C.E., 26/04/1989, Lacombe, Hocquelet, Glaziou et Millet, *Droit administratif* 1989, n°338.

b) Le juge a également distingué la notion de "mesure d'application" de situations assez voisines : ainsi ne constituent pas de telles mesures une décision modifiant un règlement antérieur²¹⁹, ou qui se borne à renvoyer à des dispositions réglementaires préexistantes²²⁰. N'en représente pas plus un règlement ultérieur qui incorpore les effets d'arrêtés devenus définitifs : il en va notamment ainsi des arrêtés qui se bornent à relever les émoluments de fonctionnaires ou bien certains prix fixés par des arrêtés antérieurs²²¹. Il peut exister cependant des hypothèses dans lesquelles l'illégalité d'un règlement remplacé par un texte postérieur de même nature est invocable au soutien d'un recours contre ce dernier ; mais on se trouve alors hors de toute référence à l'idée de mesure d'application - niée par la disparition de l'acte antérieur²²² - dans le cadre de la théorie des opérations complexes²²³ en vertu de laquelle la régularité d'une procédure initiale peut être contestée à l'appui de n'importe quelle autre phase de l'opération à laquelle elle participe²²⁴.

2 - L'exigence d'une "filiation juridique" directe

a) Le jeu restrictif de la notion de "mesure d'application" s'est avéré particulièrement spectaculaire dans l'hypothèse qui servait de cadre à l'arrêt *Bert*²²⁵ : un arrêté préfectoral avait modifié le périmètre d'un lotissement dans le sens d'une réduction notable de la superficie de celui-ci. Or, l'année suivante, deux Z.A.C. furent créées par de nouveaux arrêtés préfectoraux, et les terrains soustraits au lotissement cédés à une Société d'aménagement. M. Bert, propriétaire d'un lot, attaqua les arrêtés créant les Z.A.C. ; à l'appui de sa requête, il excipait de l'illégalité de l'arrêté ayant restreint le périmètre du lotissement. Le commissaire du gouvernement D. Labetoulle démontra, après avoir mis en avant le caractère réglementaire dudit arrêté, que cette illégalité était évidente, l'accord des propriétaires pour la modification du lotissement n'ayant pas été recueilli dans les conditions prévues par la loi. Restait en suspens, avant de pouvoir déclarer le moyen opérant, la qualification de "mesure d'application" : fallait-il considérer que les arrêtés créant les Z.A.C. constituaient de telles mesures par rapport à celui qui avait restreint le périmètre du lotissement ? Le commissaire du gouvernement pensait que

²¹⁹ C.E., 12/04/1961, Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble et du département de l'Isère, p.229 ; Cf également, C.E., S., Sté Ets Petitjean précité.

De même ne constituent pas des mesures d'application du P.O.S. les révisions ou modifications que peut subir celui-ci. Voir à ce propos l'Avis du Conseil d'État en date du 8/12/1988, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, p.292 ; et C.E., 22/07/1994, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, p.1235 ; *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme* 1994, n°5, p.87, conclusions F. Loloum.

²²⁰ C.E., Ass., 11/01/1963, Synd. nat. des maisons d'enfants et des établissements médicaux de l'enfance, p.17.

²²¹ Voir respectivement :

- C.E., S., 1/06/1979, Synd. nat. des médecins, chirurgiens, spécialistes des hôpitaux publics, p.261.

et - C.E., 8/05/1981, Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupement du Massif Central, p.877.

²²² On ne saurait en effet qualifier, sans abus de langage, de mesure d'application d'un texte, celle qui porte en elle la disparition de ce dernier : appliquer un règlement suppose une certaine permanence de celle-ci. Or, dans les hypothèses dont il va être question, le règlement considéré, s'il dépend parfois chronologiquement de celui auquel il fait suite, n'a nul besoin de sa présence dans l'ordonnement juridique pour s'avérer parfaitement applicable.

²²³ Sur cette théorie, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-Titre I.

²²⁴ Il en allait ainsi par exemple de la procédure d'élaboration du P.O.S. : si le moyen tiré de l'illégalité du plan rendu public pouvait être utilement soulevé au soutien d'un recours contre le plan approuvé (C.E., 1er/02/1985, Lidoff, *Droit administratif* 1985, n°163), c'est bien parce que, alors même que le second se substituait au premier, "la procédure d'établissement du P.O.S. -paraissait- bien présenter le caractère d'une opération complexe" (conclusions J.-M. Galabert sur C.E., S., 5/10/1979, S.C.I. Adal d'Avor c/ Melle Robert, *Droit et Ville* 1980, n°9-10, p.189). Mais le Conseil d'État est revenu -du moins partiellement- sur cette jurisprudence (jurisprudence Raccat, développée *infra*).

²²⁵ C.E., S., 17/10/1980, p.371 (avec conclusions Labetoulle précitées) ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.649, chr. M.-A. Feffer et M. Pinault.

oui, dans la mesure où cette modification avait été le préalable nécessaire à une telle opération. Il démontrait en effet qu'il aurait été parfaitement illégal de créer une Z.A.C. à l'intérieur d'un lotissement ; c'est pourquoi le préfet, déjà conscient du sort qu'il allait réserver à ces terrains, les avait soustraits à leur régime antérieur. M. Labetoulle assimilait de ce fait la création de la Z.A.C. à une mesure d'application du déclassement : "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"²²⁶. La Section du Contentieux ne l'entendit pas de la sorte, et s'opposa à l'utilité du moyen tiré de l'illégalité de l'arrêté restreignant la superficie du lotissement.

b) En reprenant a contrario l'analyse suivie par M. Labetoulle, on peut obtenir quelque éclairage sur celle qu'a adoptée le juge. En effet, en l'espèce, "l'arrêté (...), au lieu de créer positivement le régime en application duquel intervient l'acte ultérieur, supprime le régime qui faisait légalement obstacle à la création immédiate de la Z.A.C."²²⁷. Puisque la Section n'a pas, à l'inverse de son commissaire du gouvernement, assimilé cette situation à une "application" de l'arrêté de modification, il faut donc considérer qu'il ne peut y avoir de mesure d'application que s'agissant d'un règlement dont le contenu positif crée un régime qui gouvernera l'édition de l'acte ultérieur²²⁸. C'était le cas, pour prendre un exemple parmi tant d'autres, du règlement portant statut des agents diplomatiques et instituant la nécessité d'une autorisation afin que les membres de ce corps puissent se marier : un refus de permission de mariage sera à l'évidence considéré comme une mesure d'application de ce statut puisque pris dans le cadre du régime dérogatoire au droit commun qu'il a instauré²²⁹. De même, le refus de proposition de l'Institut national des appellations d'origine interdisant aux ministres compétents de donner une suite favorable à une demande d'autorisation de plantation de vigne ne constitue, ni plus ni moins, que la conséquence de la décision antérieure de la Commission nationale de délimitation de l'I.N.A.O. approuvant la délimitation d'une aire d'appellation²³⁰. Il s'agit là de concrétisations, de "mises en œuvre" pures et simples des régimes mis en place antérieurement. La mesure d'application est donc une mesure "prévue et organisée"²³¹ par le règlement auquel elle se rattache. En revanche, le fait que l'intervention d'un acte rende seulement possible celle d'une décision ultérieure en se contentant de gommer les obstacles qui interdisaient l'édition de ce dernier ne suffit pas, aux yeux du juge, à constituer "ce lien direct et nécessaire qui peut faire jouer le mécanisme de l'exception d'illégalité"²³². Cela peut paraître parfois bien sévère : ainsi, pour s'en tenir à l'affaire *Bert*, le lien entre le premier arrêté et les deux suivants semblait

²²⁶ Conclusions précitées.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ J. Arrighi de Casanova, dans ses conclusions sur l'arrêt C.E., 1er/12/1993, Mme Chiarazzo (*Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.152), a formulé cette règle en ces termes : "si l'arrêt Bert refuse d'accepter l'exception au seul motif qu'un acte individuel B est rendu possible par un acte réglementaire A, il reste qu'elle demeure opérante dans tous les cas où l'acte A définit un régime sur le fondement duquel a été pris l'acte B". C'est pourquoi il suggèrera au Conseil d'État -qui le suivra- de considérer comme opérant le moyen tiré, à l'appui de la contestation d'une délibération communale instituant un droit de préemption urbain, de l'illégalité du P.O.S. dans le cadre duquel elle était prise, puisqu'une telle décision n'est possible qu'après délimitation, par ce plan, des zones d'urbanisation susceptibles de justifier l'emploi du procédé en cause.

²²⁹ C.E., Ass., 18/01/1980, Bargain, précité.

²³⁰ C.E., 6/05/1985, I.N.A.O. c/ Champion, p.454.

Voir aussi, à titre d'exemple plus récent, concernant également un régime d'autorisation, T.A. Versailles, 17/10/1989, Sté Clinique Pasteur c/ Ministre de la Santé, *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.50, conclusions (contraires) X. Prétot : utilité de l'exception soulevée contre un décret qui constituait "la base même" du refus d'autorisation attaquée.

²³¹ Selon l'expression de P. Hubert, conclusions sur l'arrêt de Section du 24/01/1992 "Association des centres distributeurs Edouard Leclerc", *Revue française de droit administratif* 1992, p.499.

²³² Conclusions D. Labetoulle précitées.

singulièrement affirmé, dans la mesure où il ressortait clairement du dossier que le préfet n'avait agi originairement de la sorte que pour permettre l'opération d'aménagement qui avait suivi.

II - Des impératifs plus marqués qu'en matière d'annulation par voie de conséquence

Il apparaît, à la lumière des développements qui précèdent, que le juge se montre relativement sévère dans l'appréciation du lien qui unit l'acte argué d'illégalité à la mesure contestée pour former la chaîne bipolaire d'actes illégaux que nous avons présentée. On ne retrouve guère la marge de manœuvre qu'il s'autorise dans le domaine de l'annulation par voie de conséquence. Cela se vérifie, à la lumière d'exemples concrets, dans les deux cas de figure envisagés :

A. Lorsque la légalité d'un acte réglementaire est contestée

1 - Comme on vient de le voir, la notion de "mesure d'application" qui gouverne les règles de l'utilité de l'exception à l'encontre d'un règlement semble assez stricte, plus stricte en tout cas que le lien retenu pour autoriser une annulation par voie de conséquence. Ainsi, par exemple, n'a pas été qualifiée de telle la décision du directeur général du centre national de la cinématographie fixant les modalités de perception et le taux de certaines cotisations professionnelles de l'industrie cinématographique, par rapport au règlement, édicté par la même autorité, définissant les catégories de salles dont les exploitants bénéficient d'une subvention et fixant le barème de la subvention, "nonobstant la circonstance que la majoration de la cotisation professionnelle due par les exploitants de salles importantes -avait- pour objet de financer les subventions versées aux petits exploitants"²³³ ; ni l'arrêté de promotion d'un conseiller de tribunal administratif par rapport au décret instituant un recrutement complémentaire à cette fonction, alors même que l'intéressé avait accédé à son poste par cette voie²³⁴. Dans ces deux affaires, quoique l'utilité de l'exception soit barrée, on peut légitimement supposer qu'une annulation par voie de conséquence aurait pu trouver à jouer, tant il est vrai qu'elle se développe subséquentement à la censure d'un acte "nécessaire pour qu'un autre existe ou soit légal"²³⁵.

2 - Cette restriction de l'utilité de l'exception se double parfois de ce qu'on pourrait appeler une "discontinuité" dans la transmission de l'illégalité, en dehors de toute référence au concept de "mesure d'application". Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles un même acte peut encourir une annulation par voie de conséquence, si le règlement qui lui sert de base est lui-même annulé²³⁶, et ne pas être susceptible de subir le contrecoup de l'illégalité de ce dernier lorsqu'elle n'a pas donné lieu à pareille censure et n'est qu'invoquée par voie d'exception. Une illustration éclairera ce point : il est admis que l'illégalité d'un P.O.S. rendu public sanctionnée par une annulation juridictionnelle rejaillit automatiquement sur le P.O.S. approuvé qui lui succède²³⁷ ; or il n'en va pas nécessairement de même quand cette illégalité n'a pas donné lieu à annulation et est

²³³ C.E., S., 22/12/1978, Fédération nationale des distributeurs de films, p.527.

²³⁴ C.E., 21/11/1984, Beyssac, p.714.

A noter que, dans ces deux affaires, le Conseil d'État qualifie les requêtes d'irrecevables, alors qu'il s'agit bel et bien d'un problème d'utilité.

²³⁵ Selon la formule de P. Hubert, conclusions précitées, *Revue française de droit administratif* 1992, p.505. Voir *supra*, à ce propos, les développements concernant les liens de dépendance objective et subjective.

²³⁶ On a donc bien affaire à un acte-conséquence au sens où nous l'entendons.

²³⁷ Que ce soit pour justifier une annulation par voie de conséquence (affaire Consorts Bo précitée), ou l'admission d'une exception soulevée à l'encontre du P.O.S. approuvé (C.E., 28/07/1993, Delohen, req. n°107040, inédit).

soulevée incidemment, en particulier s'il s'agit de stigmatiser un vice de procédure affectant le P.O.S. rendu public concerné. Ainsi en a décidé la jurisprudence *Raccat*²³⁸ : dans cette affaire était en cause un certificat d'urbanisme délivré au gérant d'un grand hôtel d'Ajaccio, certificat qui, bien que globalement positif, comprenait des observations in fine limitant la constructibilité du terrain et faisait par là même grief à celui qui l'avait sollicité. Ce dernier en contestait donc la validité en excipant de l'illégalité du P.O.S. approuvé qui lui servait de fondement. Cette irrégularité provenait, selon lui, d'un vice de procédure qui avait affecté le plan rendu public lors de son édicton²³⁹, ce que le Conseil d'État considérait être invocable par voie d'exception et de nature à vicier par voie de conséquence l'approbation dudit P.O.S.²⁴⁰. Essentiellement pour des raisons d'opportunité²⁴¹, le commissaire du gouvernement proposa au Conseil d'État -qui le suivit- de renverser la solution Commune de Genissac et de ne pas admettre le moyen tiré de l'illégalité du P.O.S.²⁴². Dans ce cas de figure, il semble bien que ce soit la nature de l'illégalité du règlement (vice externe, et donc assez bénin) qui interdise qu'on puisse l'invoquer à l'appui d'un recours contre un acte-conséquence ultérieur.²⁴³

B. Lorsque la légalité d'un acte non réglementaire est contestée

Les solutions retenues en matière de mise en cause d'un acte non réglementaire par voie d'exception, de par leur souplesse, semblent plus se rapprocher de celles qui inspirent le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence. Mais, outre qu'il convient de garder présent à l'esprit que l'essentiel des exceptions d'illégalité visent des règlements, il n'existe pas, dans ce domaine non plus, une identité parfaite entre les deux procédés. Pour preuve certaines constructions intéressant le principe d'indépendance des procédures parallèles - ou d'indépendance des législations - qui a été étudié notamment par M. P. Sablière²⁴⁴. Cet auteur rappelle que nombreuses sont les activités soumises à l'octroi d'une multitude d'autorisations, et qu'il existe alors "un principe de base, celui dit de "l'indépendance des procédures parallèles", selon lequel dès lors que deux ou plusieurs législations sont autonomes et spécifiques, les autorisations qui en résultent doivent être obtenues séparément et cumulativement, sans que l'illégalité de l'une puisse, de ce fait, entraîner l'illégalité de l'autre"²⁴⁵. L'intérêt de cette règle

²³⁸ C.E., S., 7/06/1991, Commissaire de la République de la Corse du Sud *c/ Raccat*, p.224 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.813, conclusions C. de Montgolfier ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.380, note D. Delpirou. A noter que cette jurisprudence est toujours d'actualité, même si des décisions plus récentes sont venues l'affiner (Cf notamment C.E., 9/02/1994, M. Malfatto, req. n°118.645, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, mai 1994, p.89, conclusions F. Scanvic).

²³⁹ Vice inhérent à la non publication de celui-ci.

²⁴⁰ C.E., 24/07/1987, Commissaire de la République de la Gironde *c/ Commune de Génissac*, p.271. Il était fait là, rappelons-le, référence non à l'idée de mesure d'application mais à celle d'opération complexe (voir *supra*).

²⁴¹ Il s'agissait d'éviter une application de la jurisprudence Gepro qui aurait inévitablement conduit à la censure du certificat en cause, dans la mesure où, la contestation portant non sur celui-ci pris dans son ensemble mais uniquement sur les prescriptions négatives qu'il contenait, il s'assimilait à un refus d'autorisation d'urbanisme dont la légalité est en principe liée à celle du P.O.S. (sur ce point, voir *infra*, Titre 2) ; or la censure d'un certificat d'urbanisme délivré en 1984 au motif qu'un vice de procédure avait, en 1973, entaché l'élaboration du P.O.S. rendu public pouvait paraître abusive.

²⁴² Il lui a fallu pour cela démontrer que la procédure d'élaboration des P.O.S. pouvait ne pas s'analyser comme une opération complexe (conclusions précitées, pp. 814/815).

²⁴³ En effet, comme le fait remarquer D. Delpirou (*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, note précitée, p.384), des arguments solides soutiennent l'analyse conduisant à considérer comme une opération complexe la procédure d'élaboration du P.O.S., et le Conseil d'État s'y serait sans doute tenu s'il n'avait été sensible aux considérations d'opportunité sus-mentionnées.

²⁴⁴ "Indépendance, complémentarité, connexité, fusion ou équivalence des procédures administratives concernant une même opération", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.145 s.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.145.

est "de couper court à des annulations en cascade, en ce sens qu'elle évite qu'une illégalité affectant un acte administratif ne contamine d'autres actes administratifs"²⁴⁶ ; en d'autres termes, elle empêche que ne se constituent des chaînes d'actes dont les maillons seraient soumis à des législations de finalité différente²⁴⁷. Ce principe solidement arrêté connaît pourtant quelques tempéraments notables ; pour l'un d'entre eux, il faut qu'existe un texte qui prévoie qu'une des autorisations en cause constitue un préalable nécessaire à l'octroi d'un ou de plusieurs autres permis, pourtant délivrés au terme d'une instruction indépendante et au regard d'une législation différente²⁴⁸. Dans un tel cas de figure, si une annulation frappe l'autorisation première, on considère que les autres autorisations délivrées entre-temps doivent chuter par voie de conséquence²⁴⁹. Mais, et c'est pour nous le point crucial, l'utilité de l'exception d'illégalité n'est pas, semble-t-il, pour autant automatiquement rétablie²⁵⁰ : c'est ce qui ressort en particulier d'un arrêt rendu le 29 mai 1987²⁵¹, au travers duquel le Conseil d'État a décidé que "le requérant *ne peut se prévaloir utilement*"²⁵², à l'encontre d'un arrêté préfectoral autorisant E.D.F. à édifier une ligne électrique, des vices qui auraient entaché une D.U.P. préalable, et ce "alors même que la déclaration d'utilité publique conférait à Électricité de France un titre l'habilitant à demander le permis de construire des supports des lignes électriques en cause". Il apparaît donc, dans ce cas de figure, une distorsion entre le domaine de l'annulation par voie de conséquence et celui de l'utilité de l'exception d'illégalité, ce dernier se révélant sans conteste plus limité, bien que les mêmes actes soient en cause.

Annulation et déclaration d'illégalité se distinguent donc totalement dans la présentation traditionnelle des conséquences de la constatation d'une illégalité par le juge administratif. Aux vigoureux effets de la première, tant au sujet de la mesure principalement concernée qu'au regard de la chaîne d'actes dans laquelle elle s'insère, on oppose la faiblesse de la seconde, incapable d'assurer la disparition de l'acte irrégulier de l'ordonnancement juridique, et dont l'impact est réduit à sa plus simple expression. Pourtant, il suffit de se départir quelque peu des réflexes inculqués par cette vision consacrée pour s'apercevoir que la netteté du clivage ainsi exposé est toute théorique, la pratique contentieuse multipliant les rapprochements entre les deux modes de reconnaissance de l'illégalité. L'affirmation vaut aussi bien pour le sort réservé à l'acte irrégulier (Titre I) que s'agissant des chaînes d'actes concernées par la mise à jour de cette irrégularité (Titre II).

²⁴⁶ B. Genevois, "Les autorisations administratives en matière de réhabilitation de l'habitat ancien", *Droit et Ville* n°8, 1979, p.97

²⁴⁷ Cela vaut tant pour le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence que pour celui de l'exception d'illégalité : ainsi, par exemple, un préfet ne saurait retirer une autorisation qu'il a délivrée au titre des installations classées au motif que le permis de construire concernant la même opération a été annulé (C.E., 21/12/1983, Pardon, *Droit administratif* 1984, n°16) ; parallèlement, en cas de recours contre une autorisation délivrée au titre de la législation des installations classées, est inopérant le moyen tiré de l'illégalité d'un permis de construire (jurisprudence constante depuis l'arrêt C.E., 1er/07/1959, Piard, p.413), et inversement (voir par exemple C.E., 9/02/1977, Epoux Gloux, p.1006 ; *Dalloz* 1977, I.R., p.201, note H. Charles).

²⁴⁸ Pour des exemples concrets de cette situation, P. Sablière, *art. cit.*, pp.154/155.

²⁴⁹ Ainsi notamment un permis de construire délivré au bénéficiaire d'une déclaration d'utilité publique sera annulé en conséquence de la censure juridictionnelle de cette dernière : C.E., 8/01/1982, Courtet, p.19.

²⁵⁰ En ce sens, P. Sablière, *art. cit.*, p.156.

²⁵¹ C.E., Comité d'information pour la protection du cadre de vie à Honguemare-Guenouville, *Droit administratif* 1987, n°458 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1987, p.792, note V. Hétier.

²⁵² C'est nous qui soulignons, afin de montrer qu'il s'agit bien, en l'espèce, d'un problème d'utilité de l'exception, et non d'irrecevabilité due au fait que la déclaration d'utilité publique en cause était devenue définitive.

Sur cette distinction, voir notamment les conclusions de M. de la Verpillière sur C.E., S., A.V.N.E. et M. Villemon, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.273, et la note P. Sablière attenante.

TITRE I

RAPPROCHEMENT DU SORT DES ACTES DONT

L'ILLEGALITE EST CONSTATEE

En se penchant de plus près sur la réalité jurisprudentielle, il apparaît que la dichotomie classique, qui insistait sur l'anéantissement total issu d'une annulation et sur la préservation des mesures simplement déclarées illégales, ne constitue qu'une grossière caricature : de nombreuses règles interdisent en effet d'établir une corrélation inévitable entre annulation et annihilation de l'acte qui en fait l'objet (Sous-titre I), tandis qu'un mouvement se dessine tendant à radicaliser sensiblement les conséquences de la déclaration d'illégalité (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I

ANNULATION NE SIGNIFIE PAS FORCEMENT

ANNIHILATION

Une annulation juridictionnelle ne débouche pas systématiquement, loin s'en faut, sur le néant juridique exposé par la théorie classique : certains mécanismes permettent en effet à l'acte qu'elle touche de subsister en tout ou partie dans le bloc de la légalité textuelle. En outre, l'examen des diverses situations concrètes montre que la norme qui sous-tend la décision censurée n'est que dans de rares cas irrémédiablement gommée par l'intervention juridictionnelle²⁵³. Pour plus de clarté dans l'exposé de ces différents tempéraments à apporter à la conception classique des incidences de l'annulation sur la décision administrative, il semble nécessaire de pratiquer une distinction entre ceux que l'on peut enregistrer à l'échelon de l'acte pris en tant que tel (Chapitre 1), et ceux qui intéressent la norme qu'il contient (Chapitre 2).

²⁵³ Sur l'idée de norme, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II.

CHAPITRE 1. L'ACTE INTERESSE PAR UNE ANNULATION PEUT PARFOIS SE MAINTENIR DANS L'ORDRE JURIDIQUE

L'acte administratif est ici appréhendé en tant qu'entité autonome et spécifique, c'est-à-dire comme constituant telle décision, prise à tel moment, sous telle forme. C'est bien évidemment sous cet angle que la théorie classique trouve, en général, pleinement à s'appliquer : l'acte ainsi entendu disparaît de l'ordonnement juridique dans lequel il occupait une place exclusive -tant d'un point de vue "géographique" que chronologique- ; s'il y a régularisation ultérieure, celle-ci n'interviendra que par l'édition d'un acte différent.

Cependant, même dans cette optique, l'anéantissement de l'acte ne constitue pas une fatalité incontournable, dans la mesure où il va connaître deux exceptions considérables liées, pour l'une, aux règles qui gouvernent d'annulation partielle, pour l'autre, à l'éventualité d'une infirmation juridictionnelle de l'annulation prononcée.

SECTION 1. DU FAIT DES REGLES GOUVERNANT LA POSSIBILITE D'ANNULATION PARTIELLE

Si certaines conditions sont réunies, l'annulation ne peut intéresser qu'une fraction de l'acte qui fait l'objet du recours pour excès de pouvoir, et laisser intacte l'essentiel de celui-ci. Nous avons ici affaire à une situation qui relativise à de nombreux égards l'idée traditionnelle de disparition automatique de l'acte frappé d'annulation. Nous verrons plus précisément en quoi, après avoir évoqué les éléments qui permettent au juge d'adopter une pareille attitude.

Paragraphe 1. Les conditions nécessaires à l'annulation partielle d'un acte administratif

En premier lieu doit se manifester d'une manière ou d'une autre la volonté de ne pas voir la sanction juridictionnelle prononcée se diffuser à l'ensemble de la décision administrative irrégulière ; mais cette première condition s'avère insuffisante, et c'est dans l'idée de divisibilité que nous trouverons la clé de cette faculté de retranchement fragmentaire.

I - Le désir de limiter la portée de l'annulation

Cette volonté émane tantôt des conclusions du recours pour excès de pouvoir intenté²⁵⁴, tantôt d'une décomposition que va pratiquer le juge à la suite d'une demande d'annulation totale.

A. Du fait du requérant

²⁵⁴ Rappelons que les conclusions s'analysent comme "l'expression des prétentions soumises au juge, ou pour reprendre les termes de l'article 1351 du Code civil, de la chose "demandée". En d'autres termes, elles se rapportent à l'objet de la demande". R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°684.

Il est fréquent que celui qui sollicite la censure d'un acte administratif limite ses conclusions à certaines dispositions de celui-ci, sans en contester l'essentiel.

1 - Trois situations se rencontrent principalement :

a) En premier lieu, un particulier qui a obtenu globalement satisfaction par l'édition d'une décision administrative qu'il appelait de ses vœux, ne souhaite généralement pas remettre celle-ci totalement en cause lorsqu'il sollicite du juge l'annulation de ce qu'il considère n'en constituer qu'un détail. C'est le cas, par exemple, d'un transporteur qui se voit délivrer une autorisation et qui, loin de s'en plaindre, ne demande que la suppression de la limitation de durée qu'elle comporte²⁵⁵. Il arrive ainsi souvent qu'un acte ne soit attaqué qu'en tant qu'il comporte telle modalité²⁵⁶ ou tel effet²⁵⁷ qui, seuls, préjudicient au requérant.

b) Il se peut ensuite qu'un administré ne soit que partiellement satisfait d'une décision qui l'intéresse : c'est le cas, par exemple, lorsque l'arrêté municipal qui lui accorde un permis pour construire une clôture et transformer sa maison, lui refuse simultanément cette autorisation pour d'autres aménagements prévus²⁵⁸ ; on conçoit qu'ici seule l'annulation de ces dernières dispositions soit sollicitée.

c) Quelquefois enfin, l'on peut être plutôt mécontent d'un acte émis par l'administration, mais simplement dans la mesure où il nous exclut de son champ d'application²⁵⁹, ou qu'au contraire il nous concerne²⁶⁰. Le recours tendra ici non pas à anéantir la décision en cause, mais seulement à supprimer cet aspect restrictif ou extensif.

2 - Il nous faut souligner qu'il pèse parfois une incertitude sur la volonté réelle du requérant - notamment lorsque ce dernier agit sans le ministère d'un avocat -, et qu'il revient alors au juge de décrypter les termes du recours pour ramener les conclusions dont il est saisi à leurs justes proportions. L'interprétation de celles-ci au regard des moyens invoqués peut ainsi le conduire à estimer que les prétentions d'un justiciable qui attaque un règlement donné se bornent en fait à l'annulation de certaines dispositions de ce texte²⁶¹. Mais le juge peut quelquefois de lui-même opter pour l'annulation partielle.

²⁵⁵ C.E., 11/02/1976, S.A. "Transports rapides automobiles", p.96.

²⁵⁶ Voir par exemple C.E., 12/12/1941, S.A. Lanson Père et Fils, p.213 : demande d'annulation d'une disposition d'un arrêté relatif à l'organisation du marché des vins de champagne, disposition qui prévoyait que les paiements en la matière se feraient par le canal de la Caisse du Crédit Agricole de Reims.

²⁵⁷ Voir par exemple C.E., 20/01/1970, Epoux Berthout, p.77 : un arrêté préfectoral approuvant un plan d'urbanisme est attaqué en tant qu'il impose à la propriété des requérants certaines servitudes.

²⁵⁸ C.E., 16/01/1970, Bennechet, p.70.

²⁵⁹ Par exemple C.E., 30/01/1980, Perpère, p.52 : un marchand de biens attaque la liste des experts agricoles et fonciers arrêtée par le ministre de l'Agriculture en tant qu'il n'y figure pas.

Voir également C.E., Ass., 05/11/1976, Lyon-Caen, p.472 : magistrat attaquant une liste d'aptitude parce qu'elle ne l'englobe pas.

²⁶⁰ Voir en particulier C.E., 12/11/1975, Rodes, p.1184 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.147 : un habitant d'une commune défère un arrêté municipal y créant une zone bleue en tant qu'il concerne une rue dans laquelle il a l'habitude de stationner.

²⁶¹ C.E., Ass., 3/02/1967, Confédération générale des vignerons du Midi, p.55 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.104, conclusions Y. Galmot : les conclusions, pourtant globales, sont regardées comme ne visant que les dispositions du décret attaqué qui présentent un caractère de nouveauté par rapport à la réglementation antérieure, car "c'est sur ce point que porte toute l'argumentation des requérants" et qu'il serait "sans utilité pour eux de critiquer les dispositions" préexistantes.

B. Du fait du juge

Le juge peut lui aussi, saisi de conclusions tendant à l'annulation totale d'un acte administratif, souhaiter limiter celle-ci, s'il s'aperçoit que la décision attaquée n'est que partiellement irrégulière et ne mérite donc qu'une amputation. Seules certaines dispositions ou dimensions du texte qui lui est soumis sont illégales ; l'essentiel de l'acte lui paraît devoir être préservé.

Un exemple type de cette situation nous est fourni par l'arrêt *Association Défense et Promotion des langues de France*²⁶². Dans cette affaire, l'association requérante sollicitait l'annulation de trois décrets simples, respectivement relatifs à l'organisation de la formation dans les écoles maternelles et élémentaires, dans les collèges et dans les lycées. Chacun des textes attaqués comportait un article prévoyant la transposition de la réforme opérée aux établissements d'éducation surveillée dépendant du ministère de la justice. Or, comme le relève le Conseil d'État, ces dispositions auraient nécessité le contreseing du ministre de la Justice exigé par l'article 22 de la Constitution, en tant que ministre chargé de l'exécution du décret. Cette absence de formalité substantielle ne viciait toutefois que les dispositions prévoyant ladite transposition, dispositions pour le moins accessoires. S'agissant de l'essentiel de l'acte, à savoir la réforme globale de l'enseignement général, seul le contreseing du ministre de l'Education Nationale importait. Fallait-il dès lors annuler les trois décrets dans leur entier ? Le commissaire du gouvernement, Mme Hagelsteen, pensait qu'avec la disparition des seuls articles incriminés, les textes attaqués devenaient "juridiquement corrects" et restaient "parfaitement applicables dans leurs dispositions", leur champ d'application se trouvant "seulement légèrement restreint"²⁶³. Elle devait être suivie par la Section du contentieux, qui n'accéda pas pleinement aux prétentions du requérant et annula simplement les trois articles illégaux²⁶⁴.

Si une volonté de simple soustraction s'avère un préalable indispensable à celle-ci, elle ne saurait suffire à la permettre. Une autre condition s'y surajoute, et commande l'éventualité d'exaucement du souhait ainsi manifesté.

Voir également : C.E., 5/10/1966, Suzan, p.518 ; et C.E., S., 2/06/1972, Fédération française des syndicats de pilotes maritimes, p.407.

A noter que le juge ne saurait procéder à cette interprétation de manière fantaisiste, sans quoi il enfreindrait l'interdiction de *l'infra petita*, c'est-à-dire "la prohibition d'omettre ou de refuser de statuer sur certaines des conclusions dont -il- est saisi" (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 778).

²⁶² C.E., S., 1er/06/1979, p.252, conclusions Mme Hagelsteen.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Pour un exemple récent concernant une situation analogue mais aboutissant à une solution inverse du fait de l'indivisibilité des dispositions visées de l'ensemble du décret non contresigné, C.E., 18/02/1994, Archambault de Beaune et autres, p.750.

II - La nécessaire divisibilité des dispositions annulées

La divisibilité se révèle constituer une notion suffisamment complexe pour qu'on lui consacre quelques développements introductifs tendant à en préciser le sens²⁶⁵, avant de s'intéresser au rôle que le juge lui fait jouer en matière d'annulation partielle.

A. Fondements et signification de la notion de divisibilité

1 - La raison d'être du concept de divisibilité

Dans une étude consacrée à l'annulation partielle²⁶⁶, M. P. Corbel s'est attaché à démontrer que le fondement de l'idée de divisibilité est constitué par le maintien de l'essentiel de l'acte qu'elle frappe. Le juge ne saurait en prononcer si ce procédé aboutissait à dénaturer la partie préservée du texte, parce que cela le conduirait *ipso facto* à faire acte d'administrateur. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, en effet, le juge ne peut théoriquement prononcer autre chose que l'annulation de l'acte qui lui est déféré, ou le rejet la requête. Il se refuse à apporter des corrections, contrairement aux domaines de plein contentieux où il n'hésite pas à modifier des décisions, par exemple en matière fiscale²⁶⁷, électorale²⁶⁸, d'installations classées²⁶⁹ ou d'édifices menaçant ruine²⁷⁰. Or, l'annulation partielle se rapproche dangereusement du pouvoir de modification²⁷¹, et peut donc sembler porter atteinte au principe de séparation de l'administration active et de la fonction juridictionnelle²⁷² qui motive l'"auto-limitation" du juge de l'excès de pouvoir²⁷³. Ce dernier n'en admet donc la possibilité qu'à condition que l'objet de l'acte soit préservé : l'autorité administrative qui l'a édictée doit se reconnaître dans la décision amputée de sa partie initiale, faute de quoi le juge aura outrepassé ses pouvoirs. Il ne saurait valablement remettre en cause l'appréciation d'ensemble portée par l'administration pour y substituer la sienne²⁷⁴. C'est pour maintenir l'annulation partielle dans ces strictes limites que la jurisprudence a été amenée à dégager le concept de "divisibilité".

²⁶⁵ Ces développements seront évidemment assez succincts ; pour qui désirerait plus de détails sur la notion, voir M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, Thèse Paris 2, 1994

²⁶⁶ "L'annulation partielle des actes administratifs", *Actualité juridique, Droit administratif* 1972, p.138.

²⁶⁷ Pour une modification du montant d'une imposition, voir par exemple C.E., 20/05/1987, Dame Robert, p.178.

²⁶⁸ Pour la rectification des résultats d'une élection municipale, voir par exemple C.E., Ass., 10/01/1967, Election municipale d'Aix-en-Provence, p.16 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.226, conclusions A. Dutheil de Lamothe ; et C.E., 14/09/1983, Election municipale de la Queue-en-Brie, p.367.

²⁶⁹ Voir par exemple C.E., 27/05/1988, Société industrielle armoricaine de légumes, p.221 : aggravation des conditions dont le préfet avait assorti l'autorisation d'installation.

²⁷⁰ Ainsi le juge peut-il imposer une démolition alors que l'arrêté de péril ne prescrivait que des travaux confortatifs : C.E., Ass., 22/06/1951, consorts Chevallier-Tedeschi, p.363 ; *Dalloz* 1952, p.5, note P. Weil.

²⁷¹ Voir *infra*.

²⁷² Pour Laferrière (*Traité de la juridiction administrative*, t. II, p.568) "n'ayant que le droit d'annulation et non de réformation, le Conseil d'État ne peut pas modifier, amender l'acte attaqué, car ce serait faire acte administratif nouveau et empiéter sur les attributions de l'administration active".

²⁷³ Voir *infra*.

²⁷⁴ Le problème est le même en matière de nullité partielle des contrats administratifs, où le risque est grand de voir le juge "défigurer" ces derniers, "au détriment du respect de la volonté des parties". Lire notamment D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p.347 s.

2 - Les contours de l'idée de divisibilité

Le juge ne procède à une annulation partielle que lorsqu'il estime la partie illégale "divisible" de l'essentiel de l'acte, c'est-à-dire susceptible de disparaître sans pour autant priver la partie restante de son équilibre ou de sa portée pratique ; au cas contraire, il prononcera l'"indivisibilité", et exclura par là même toute possibilité d'amputation : "la divisibilité de l'acte ouvre la voie à l'annulation partielle ; l'indivisibilité la ferme"²⁷⁵. Le juge de l'excès de pouvoir refuse donc d'annuler séparément une disposition illégale qui constitue le support nécessaire des autres éléments de l'acte administratif déféré²⁷⁶. A l'inverse, il s'accordera la possibilité d'amputer la décision de certains de ses effets ou modalités qu'il ne considère pas primordiaux pour le maintien de l'économie globale de celle-ci²⁷⁷.

L'efficacité des concepts jumeaux de "divisibilité" et d'"indivisibilité" est d'autant plus grande qu'ils jouent à deux niveaux différents ; se conjuguant à d'autres principes, ils semblent assurer un véritable rôle de cerbère en la matière.

B. Le double rôle de la notion de divisibilité

L'intérêt n'est pas d'étudier ici le double jeu "naturel" de la notion, c'est-à-dire de distinguer l'emploi par le juge de la divisibilité de celui de l'indivisibilité. Il est bien évident que lorsque nous employons les termes de "notion de divisibilité", nous entendons y englober a contrario l'idée d'indivisibilité. Ce qu'il nous faut mettre en relief est que le concept de divisibilité - et donc celui d'indivisibilité auquel il est indissolublement lié - se voit pris en compte par le juge à deux stades successifs, celui de la recevabilité et celui de l'examen au fond, pour, dans chaque cas, cantonner l'annulation partielle aux seules hypothèses où elle n'aboutit pas à une modification trop poussée de l'acte en cause.

²⁷⁵ P. Corbel, *art. cit.*

²⁷⁶ Voir par exemple C.E., S., 18/06/1965, Consorts Chatelain, p.366 : l'illégalité des dispositions réglementant la pêche sur un cours d'eau entraîne l'annulation des mesures prévues pour assurer le respect de cette réglementation. Il paraît en effet logique d'inciter l'autorité compétente à une refonte complète du texte.

La solution est la même dans d'autres domaines dès lors que le juge estime inopportun de substituer sa propre appréciation à celle portée par l'administration : C.E., 1er/07/1981, S.A. "Carrière Chalumeau", p. 293 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.364 : les conditions posées par le préfet pour l'octroi d'une autorisation d'exploitation de carrière constituent avec celle-ci un tout indivisible.

Le juge du contrat déclare lui aussi indivisible une stipulation contractuelle entachée de nullité au motif qu'elle a présenté un caractère déterminant pour les cocontractants (C.E., S., 9/12/1949, Chami, p.542) ; ce raisonnement se retrouve également dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir intenté contre un acte détachable de la formation du contrat (Cf C.E., Ass., 17/12/1993, Groupement national des établissements de gérontologie et de retraite privés, p.370 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.61, conclusions G. Le Chatelier).

²⁷⁷ Voir par exemple C.E., 14/11/1980, Dlle Montalibet, p.426 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.315, conclusions J.F. Théry : divisibilité d'une disposition d'un règlement conférant effet rétroactif à celui-ci ; et C.E., 12/02/1995, Royer et Magnat, req. n°78545 (même solution s'agissant d'un arrêté de recrutement d'un agent contractuel comportant un effet rétroactif illégal).

Il peut s'agir également du champ d'application de la décision contestée. Ainsi, dans l'arrêt C.E., 17/10/1947, Dupuis de Culture (sic), p.379, la Haute juridiction n'hésite pas à vérifier l'étendue d'une réquisition, et la décompose pour en annuler une partie déclarée inutile tout en maintenant la partie nécessaire.

Pour des exemples plus récents d'admission de la divisibilité, voir notamment C.E., S., 6/03/1992, Mérand et Morvan, p.113, *La semaine juridique* 1993, n°22028, note P.-H. Prétot ; C.E., 8/06/1994, Commune de Mitry-Mory, p.768 ; et C.E., 28/09/1994, Béchouche, p.1013.

1 - La divisibilité comme condition de recevabilité

Nous nous situons ici dans l'hypothèse précédemment évoquée où un requérant a présenté des conclusions tendant seulement à l'amputation de l'acte. Le juge, comme préalable à l'étude au fond de cette demande, va vérifier que la partie attaquée est bien divisible du reste de la décision, car cela conditionne la recevabilité de la requête ainsi formulée. Seront en conséquence généralement recevables les recours tendant à l'amputation d'actes collectifs, dans la mesure où ceux-ci peuvent s'analyser comme comportant une série de décisions individuelles positives ou négatives²⁷⁸, et celles qui postulent l'annulation partielle d'un acte unique qui est en réalité composé de plusieurs décisions distinctes²⁷⁹. La question est plus délicate lorsqu'un acte individuel ou réglementaire réellement monolithique est en cause. Le juge peut alors considérer que l'annulation des seules dispositions attaquées est impossible dans la mesure où il les estime indivisibles du reste de l'acte.

La notion d'indivisibilité rejoint ici une règle générale de procédure dont le Conseil d'État n'a jamais manqué de censurer la violation : celle qui interdit au juge de statuer *ultra petita*²⁸⁰. En examinant au fond la légalité de la disposition litigieuse qu'il ne peut, sans artifice, séparer du texte auquel elle appartient, le juge se prononcerait en réalité sur celle de l'acte tout entier. Il élargirait de ce fait le champ de sa compétence déterminé par l'étendue des conclusions dont il a été saisi, élargissement auquel s'oppose la règle du *non ultra petita*²⁸¹. La demande d'annulation partielle doit en conséquence être ici considérée comme irrecevable. Les illustrations jurisprudentielles de cette situation s'avèrent fort nombreuses²⁸². Pour n'en développer qu'une, le Conseil d'État oppose l'irrecevabilité à une requête tendant à l'annulation partielle de la délibération d'un jury de concours procédant à une sélection de candidats, au motif que "cette délibération fondée sur une appréciation des aptitudes présentées par les

²⁷⁸ Voir par exemple les arrêts Lyon-Caen et Perpère précités : les requérants sont recevables à attaquer un acte collectif (une liste) en tant qu'il comporte une décision négative à leur endroit (le refus de les y faire figurer). De même, pour le contentieux des tableaux d'avancement en matière de fonction publique, voir par exemple C.E., S., 4/02/1955, Marcotte, p.70 ; et C.E., S., 23/11/1962, Camara, p.627 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1962, p.687.

²⁷⁹ Voir notamment arrêt Benechet précité.

De même, en matière d'expropriation, lorsqu'un arrêté préfectoral porte à la fois déclaration d'utilité publique et prononcé de la cessibilité des terrains : C.E., 20/03/1964, Epoux Tihay, Sieur Martin, Sieur Vigneau et autres, p.197.

²⁸⁰ C.E., 8/08/1918, Delacour, p.739 ; *Dalloz* 1922.3., p.62 : "le juge ne peut statuer que sur les conclusions dont il est saisi par les parties en cause"

Sur ce problème, voir J.-M. Auby, "L'"*ultra petita*" dans la procédure contentieuse administrative", in *Mélanges Waline* 1974, t.2, p.267 ; à noter que cet auteur englobe dans cette notion le cas des moyens soulevés d'office, alors que nous nous en tiendrons, dans le cadre de notre étude, au principe qui prohibe au juge de rendre un jugement excédant l'objet de la demande formulée dans les conclusions.

²⁸¹ Cela équivaudrait à prononcer une annulation non demandée : C.E., S., 17/07/1950, Mathieu, p.439 ; et C.E., 12/06/1951, Bombard, p.15 ; *Dalloz* 1952, p.255, conclusions Guionin.

²⁸² Pour quelques exemples relativement récents, chercher notamment :

- C.E., 1er/04/1981, S.C.I. Les Sablons, p.179 : irrecevabilité des conclusions émanant du bénéficiaire d'un permis de construire tendant à l'annulation des conditions dont celui-ci était assorti, au motif qu'elles forment avec les autres dispositions un tout indivisible.

- C.E., 8/01/1988, Mazar, *Droit administratif* 1988, n°100 : même solution pour un permis de construire assorti de réserves d'ordre architectural.

- C.E., 3/02/1988, S.C.I. des 128-130 Cours Berriat, p.969 : même solution pour une décision accordant une subvention sous condition de conclusion d'une convention déterminée.

- C.E., 30/10/1987, Gayraud, *Droit administratif* 1987, n°623 : indivisibilité d'une décision de remembrement qui concerne les biens d'un même propriétaire.

- C.E., 25/05/1994, S.A. Papeteries Philippe Bergès, *Droit administratif* 1994, n°484 : indivisibilité d'une autorisation d'utiliser l'énergie hydraulique et des conditions qui forment un des "supports" de cette autorisation.

candidats a un caractère indivisible"²⁸³. Cette solution s'explique aisément par le fait que la modification du classement établi par le jury bouleverserait l'ensemble de l'opération de sélection. Tout candidat peut donc attaquer la totalité des résultats du concours en démontrant qu'il a été irrégulièrement évincé, mais ne saurait en demander l'annulation "en tant seulement qu'elle a écarté sa propre candidature"²⁸⁴.

La règle du *non ultra petita* est appliquée avec une sévérité extrême : le juge administratif n'y déroge même pas lorsque des motifs d'ordre public auraient pu s'opposer à l'édition de l'acte dont certaines dispositions sont contestées²⁸⁵, bien que, par définition, un tel moyen puisse être soulevé d'office. Comme l'explique J.-M. Auby en effet, "l'existence de moyens d'ordre public ne permet pas au juge de dépasser les limites des conclusions à d'autres points de vue, notamment en ce qui concerne l'objet de la demande"²⁸⁶.

2 - L'indivisibilité comme extension de la portée d'un moyen

Nous nous trouvons à présent dans le cas où une annulation totale est demandée au juge, et où le contrôle de légalité opéré par ce dernier fait apparaître que seuls quelques moyens sont fondés, qui ne concernent qu'une partie de l'acte attaqué ; l'illégalité n'affecte que certaines dispositions de ce dernier. La notion d'indivisibilité va cependant permettre au juge d'en prononcer l'annulation totale au lieu et place d'une simple amputation. L'arrêt F.N.O.S.S. et Bazin²⁸⁷ fournit un bon exemple de cette situation : le texte attaqué en l'espèce prévoyait, dans son article premier, le paiement d'une indemnité aux médecins des hôpitaux, et, dans son article 2, la façon dont seraient prélevées les ressources nécessaires au financement de cette indemnité. Le juge constate l'illégalité de ce dernier article, mais ne va pas se contenter d'en prononcer l'annulation, dans la mesure où cela priverait de toute efficacité l'article premier. Il étend donc la portée du moyen et prononce l'annulation totale qui lui était demandée²⁸⁸.

Le double jeu de la notion de divisibilité - et corrélativement de celle d'indivisibilité - semble ainsi verrouiller le domaine de l'annulation partielle. Il n'en reste pas moins que la possibilité que se ménage le juge de pratiquer la simple amputation d'un acte illégal, apparaît comme un tempérament non négligeable à la théorie classique des effets de l'annulation imposant l'éradication des décisions non conformes au droit.

²⁸³ C.E., 20/06/1990, de Carvalho, p.841 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.841, observations X. Pretot.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Cela ressort notamment de l'arrêt C.E., 5/11/1975, Secrétaire d'État à la culture c/ Société Pavita, p.544 : "considérant que le juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte dont les dispositions forment un ensemble indivisible, est tenu de rejeter ces conclusions, quelle que soit, au demeurant, la nature des moyens susceptibles d'être invoqués à l'encontre de la décision attaquée (...)".

²⁸⁶ *Mélanges Waline, art. cit.*, p. 279.

²⁸⁷ C.E., 28/01/1958, p.82.

²⁸⁸ Pour deux exemples récents du mécanisme d'extension de la portée d'un moyen par le biais de l'idée d'indivisibilité, voir C.E., 18/02/1994, Archambault de Beaune et autres (arrêt précité) ; et C.E., 29/12/1993, Ville de Royan, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, juillet 1994, p.17, conclusions J. Arrighi de Casanova (du fait de l'indivisibilité d'un arrêté prononçant une D.U.P. irrégulière et modifiant en conséquence un P.O.S. pour le mettre en conformité avec ce projet, l'illégalité "rejaillit nécessairement sur la décision dans son ensemble" (*ibid.*, p.19)).

Paragraphe 2. Les mécanismes de l'annulation partielle comme limites à la disparition de l'acte illégal

Les conditions qui gouvernent le prononcé d'une l'annulation partielle peuvent à un double égard constituer une atteinte à la présentation traditionnelle des effets de l'annulation : non seulement elles permettent parfois à l'acte illégal de se maintenir, incomplet ou non, dans le droit positif, mais elles conduisent également le juge, dans des hypothèses extrêmes, à transformer la décision qu'il souhaite préserver plutôt que de la censurer totalement.

I - L'acte illégal peut subsister en tout ou partie

Nous retrouvons ici le principe du *non ultra petita*. Celui-ci peut en effet entraîner le maintien dans l'ordonnement juridique de l'acte illégal attaqué pour partie devant le juge administratif, et cette conséquence sera plus ou moins étendue selon que les dispositions auxquelles le requérant a limité ses conclusions sont ou non divisibles du reste de la décision dans laquelle elles trouvent place.

A. En cas de divisibilité de la disposition attaquée

Il arrive parfois que le requérant n'ait sollicité qu'une simple amputation d'une décision des seules dispositions qui lui préjudiciaient, tout en démontrant à l'appui de son recours l'illégalité totale du texte visé. Si cette prétention s'avère recevable (du fait du caractère divisible des mesures attaquées), le juge se trouve alors à la fois en présence d'un moyen qui devrait normalement entraîner l'annulation de l'acte dans son entier, et dans l'impossibilité de statuer au delà des conclusions qui lui sont présentées ; il ne va prononcer dès lors qu'une censure fragmentaire. L'exemple fourni par l'arrêt *Rodes*²⁸⁹ est assez significatif : un arrêté créant une zone bleue était entaché d'un vice de forme de nature à entraîner son annulation totale. Mais l'intéressé ne l'ayant contesté qu'en tant qu'il concernait une seule voie de circulation, le Conseil d'État a dû se borner à l'annuler dans cette stricte limite.

L'annulation ne remplit pas ici sa fonction classique d'éradication des décisions irrégulières de l'ordonnement juridique ; l'acte illégal, quoique légèrement amputé, va subsister²⁹⁰ du fait de l'effet pervers de la règle du *non ultra petita*. Et ce dernier est d'autant plus marqué qu'il fait même échec à des moyens que le juge, d'ordinaire, soulève d'office. Ainsi dans l'affaire *Angéras*²⁹¹, était attaquée une décision autorisant sous certaines conditions le requérant à affecter une partie de son appartement à usage professionnel. Cette autorisation avait été signée par un fonctionnaire qui n'avait pas reçu de délégation pour ce faire du ministre, seul compétent en l'occurrence. L'incompétence constituant un moyen d'ordre public²⁹², on aurait pu s'attendre à ce que le juge ne fasse pas cas du caractère limité des conclusions et annule totalement la décision illégale. Il va pourtant se contenter de donner satisfaction au requérant qui ne sollicitait que la disparition des réserves qui assortissaient l'autorisation en

²⁸⁹ Arrêt précité.

²⁹⁰ Puisque, comme nous l'avons précédemment souligné, l'essentiel de la décision est par hypothèse préservé lorsqu'est prononcée l'annulation partielle de celle-ci.

²⁹¹ C.E., 6/01/1954, p. 8.

²⁹² C.E., 15/02/1961, Alfred-Joseph, p.114.

cause. Bien que justifiable sur un plan juridique, ce raisonnement a de quoi choquer puisqu'il conduit la juridiction à rendre le requérant régulièrement titulaire d'une pleine autorisation prise par une autorité incompétente.

B. En cas d'indivisibilité de la disposition attaquée

L'impossibilité de statuer *ultra petita* peut avoir ici des conséquences encore plus néfastes que dans l'hypothèse précédente eu égard au respect du principe de légalité, conséquences confinant parfois au déni de justice. Supposons en effet qu'une décision illégale ne soit attaquée que pour partie, et que les dispositions contestées soient analysées par le juge comme indivisibles du reste de l'acte. La juridiction ne peut ni annuler la partie irrégulière - puisqu'indivisible -, ni annuler l'ensemble de l'acte, ce qui la contraindrait à statuer *ultra petita*. Elle est donc conduite à prononcer l'irrecevabilité du recours ; l'acte attaqué, bien qu'illégal, subsiste dans l'ordre juridique²⁹³.

Ce problème a été étudié par MM. Combarrous et Galabert²⁹⁴ dans une note rédigée à propos de l'arrêt *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*²⁹⁵. En l'espèce était attaqué un arrêté d'extension d'une convention collective en tant seulement qu'il concernait l'avenant "ingénieurs", qui n'aurait pu être légalement étendu parce que non revêtu de la signature de toutes les organisations syndicales les plus représentatives. Cependant, cette illégalité entachait nécessairement l'arrêté pris dans son entier dans la mesure où, si cet avenant avait été annulé, le reste du texte tombait sous le coup des dispositions du Code du travail affirmant "l'impossibilité d'étendre une convention collective qui ne viserait pas toutes les catégories professionnelles de la branche dont il s'agit". Le Conseil d'État, appliquant la règle du *non ultra petita*, se borna, après les avoir reconnues fondées, à déclarer irrecevables les conclusions dont il était saisi ; l'arrêté illégal ne disparut pas, en quelque proportion que ce fût, de l'ordonnancement juridique. Devant une telle solution, on ne peut que partager l'avis des premiers commentateurs : "s'il est juridiquement impossible de statuer *ultra petita*, la solution qui consiste à ne pas faire droit à une demande que l'on reconnaît fondée reste choquante en équité"²⁹⁶. Il aurait sans doute été plus satisfaisant de "prononcer l'annulation partielle demandée en laissant à l'autorité administrative le soin de tirer les conséquences nécessaires de cette annulation"²⁹⁷, à savoir de régulariser l'arrêté d'extension en prenant un nouvel avenant "ingénieurs" conforme cette fois à la légalité, ou de parachever la censure juridictionnelle en faisant disparaître l'acte dans son entier²⁹⁸. Mais le juge a sans doute craint de se voir reprocher une attitude prohibée par la règle de séparation des fonctions juridictionnelles et administratives. Force est pourtant de constater qu'il ne se montre pas toujours aussi circonspect.

²⁹³ C.E., 12/10/1962, Ministre de la construction c/ Cie immobilière de la région parisienne, p.537.

²⁹⁴ *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, I, p.39.

²⁹⁵ C.E., S., 4/03/1960, p.169 ; *Droit social* 1960, p.345, conclusions M. Nicoläy.

²⁹⁶ *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, note précitée.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ En effet, comme le note M. Verny, dans ses conclusions sous l'arrêt C.E., 12/03/1982, Conseil national de l'ordre des médecins et autres (*Lebon* p.109), "l'auteur d'une décision de portée réglementaire est (...) toujours, après une annulation partielle, en droit d'abroger ou de modifier les dispositions qui subsistent".

II - L'acte illégal peut être modifié par le juge

Le principe faisant défense au juge de faire acte d'administrateur a, nous l'avons vu, conduit celui-ci à dégager le principe de divisibilité afin d'éviter une mutilation trop importante d'un acte, c'est-à-dire une censure partielle qui en atteindrait l'objet même. Il convient en effet d'éviter que la parcelle du texte qui se maintient dans l'ordonnancement juridique ne contienne plus la quintessence de la décision primitive. Cette autolimitation du juge conduit M. Corbel à analyser l'annulation partielle comme ne constituant pas une réformation de l'acte, puisque les éléments capitaux qui composent de ce dernier sont préservés²⁹⁹. Il rejoint en cela la position classique adoptée par Laferrière³⁰⁰ et Hauriou³⁰¹ qui soulignaient qu'à la différence d'une réformation, une simple amputation de borne à retrancher à l'acte, sans lui apporter aucun élément nouveau.

Mais certaines constatations conduisent à nuancer ces assertions : une annulation partielle peut s'apparenter à une réformation dans la mesure où l'acte est parfois modifié de façon significative. Ici encore, il conviendra de relativiser la conception traditionnelle des effets de l'annulation : l'acte illégal ne disparaîtra pas de l'ordonnancement juridique ; il y demeurera, bien que sa portée apparaisse considérablement changée à la suite de l'intervention juridictionnelle. Et cette entorse aux incidences classiques de la censure juridictionnelle d'un acte administratif apparaîtra d'autant plus accentuée que sera large la reconnaissance de la divisibilité des dispositions illégales.

A. L'amputation comme modification négative ou positive de l'acte

1 - Dans un sens négatif

A la différence d'une annulation totale, qui permet seulement au juge d'empêcher que soit maintenue en vigueur une décision dont il a constaté l'illégalité, l'annulation partielle peut le mener à modifier l'acte déféré dans un sens qu'il estime opportun. M. Chapus est de cet avis, qui remarque qu'"une décision peut se trouver ainsi modifiée dans son contenu, de même que quant à son champ d'application dans l'espace ou dans le temps, de la même façon - réserve faite de l'effet rétroactif de l'annulation - que si elle avait été partiellement abrogée par l'autorité compétente"³⁰². Une amputation constitue en effet - et cela confine à la tautologie - une soustraction de certains éléments d'une décision. Or, comme le note M. Kornprobst³⁰³, c'est déjà "transformer un acte administratif et parfois de façon importante". Et cet auteur de citer l'arrêt *Weyer*³⁰⁴ dans lequel le Conseil d'État a annulé les modalités de compensation choisies pour une opération de remembrement, remarquant que c'est là "très certainement bouleverser l'économie générale de l'opération entreprise par l'administration et modifier profondément la signification des mesures prises".

²⁹⁹ Etude précitée : "Les pouvoirs limités du juge de l'annulation font qu'il ne prononce d'annulations partielles que si celles-ci n'affectent pas l'essentiel de l'acte. L'annulation partielle ne s'apparente donc pas à une réformation".

³⁰⁰ *Traité de la juridiction administrative*, Paris 1896, t.II, p.568.

³⁰¹ *Précis de droit administratif*, Paris 1900, 4^{ème} édition, p.316.

³⁰² *Droit du contentieux administratif*, n°822-1°.

³⁰³ *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., 1959, p.103.

³⁰⁴ C.E., 20/06/1955, p.339.

2 - Dans un sens positif

De manière plus spectaculaire encore, il arrive qu'une annulation partielle aboutisse en fait à une extension, des effets de l'acte qu'elle touche³⁰⁵. Deux exemples particulièrement parlants éclaireront cette hypothèse :

- dans l'arrêt *Sicard*³⁰⁶, le Conseil d'État annula une décision de rétablissement de la situation administrative d'un commissaire de police en tant qu'elle refusait à celui-ci le bénéfice intégral de ce rétablissement.

- l'affaire *Sieur Laîné*³⁰⁷ concernait elle un arrêté de police mettant fin, pour l'avenir seulement, à une sanction de révocation sans pension. La Haute juridiction va censurer cette décision dans la seule mesure où elle ne possède pas effet rétroactif.

Dans ces deux cas, on s'aperçoit que l'annulation partielle, loin d'amputer l'acte d'une de ses incidences, donne plein effet à celui-ci, supprime les restrictions dont il était entouré. Il s'agit là, on en conviendra, d'une situation assez paradoxale au regard de la théorie classique des effets d'une censure juridictionnelle : non seulement l'annulation ne fait pas disparaître l'acte qu'elle frappe, mais elle entraîne de surcroît une extension du champ de son application. Il paraît difficile de ne pas admettre que, dans cette hypothèse, le juge administratif fasse, un tant soit peu, œuvre d'administrateur.

B. La tendance à admettre de plus en plus largement la divisibilité de certaines dispositions

Nous venons de montrer comment le fait de déclarer une disposition divisible dans le but de permettre une annulation partielle peut permettre une importante transformation de l'acte concerné. Cette éventualité sera d'autant plus ouverte que sera largement reconnue la divisibilité des dispositions attaquées. Or, dans certaines matières, la tendance est à l'admission de plus en plus souple de ce caractère. C'est le cas en matière d'autorisations d'utilisation des sols (permis de construire - autorisations de lotissement) où le Conseil d'État considérait initialement que "les conditions mises à l'octroi d'un permis de construire ne sont pas divisibles de ce permis"³⁰⁸. Depuis 1981, une évolution s'est fait jour dans ce domaine, qui va dans le sens d'une reconnaissance plus aisée de la divisibilité des clauses financières assortissant ces autorisations³⁰⁹, notamment celles prévoyant une participation aux équipements publics connexes. Or, si cette tendance est en partie liée à un changement législatif³¹⁰, elle a été aussi et

³⁰⁵ Ce qui détruit l'argument que Laferrière et Hauriou mettaient en avant à titre principal pour distinguer annulation partielle et réformation (voir *supra*).

³⁰⁶ C.E., 10/07/1953, p.367.

³⁰⁷ C.E., 15/11/1950, p.554.

³⁰⁸ C.E., S., 11/12/1968, Ministre de la Construction, p.643.

³⁰⁹ La première décision rendue dans ce sens est l'arrêt de Section du 13/11/1981 Plunian, (p.414, conclusions D. Labetoulle ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.72, chronique F. Tiberghien et B. Lasserre). Voir également C.E., S., 12/02/1988, Ministre de l'Urbanisme et du Logement c/ Société des Automobiles Citroën, p.64 (*Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.331, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre), étendant la divisibilité aux participations financières exigées du constructeur d'une Z.A.C. Et, plus récemment, C.E., 8/10/1993, District urbain de l'agglomération alençonnaise, p.266.

³¹⁰ Article 72-I de la loi du 30 décembre 1967, devenu L.332-6 du Code de l'Urbanisme.

surtout guidée par des considérations d'opportunité, ainsi que le notent les chroniqueurs de l'arrêt *Ministre de l'Urbanisme et du Logement c/ Société des Automobiles Citroën*³¹¹ : "la théorie de l'indivisibilité du permis de construire a pour elle la force de la logique, car le permis forme effectivement un tout et les données financières entrent en ligne de compte dans son octroi", mais le juge a estimé que "l'intérêt de la bonne administration de l'urbanisme - justifiait - de telles entorses". Il n'en reste pas moins que c'est le juge qui porte ici, en dernier ressort, cette appréciation³¹², et l'on peut se demander si, agissant ainsi, il ne sort pas du rôle qui lui est dévolu puisqu'il accepte de modifier assez conséquemment un acte administratif sur lequel il ne dispose pas normalement d'un tel pouvoir.

Les règles qui gouvernent l'annulation partielle ne sont pas les seules à s'inscrire à contre-courant de la conception classique des effets de l'annulation ; il faut parallèlement mettre en exergue le fait qu'une telle censure peut être totalement privée d'effets, au regard de l'acte sur lequel elle porte, par l'aboutissement d'une voie de droit ouverte à son encontre.

SECTION 2. EN CAS D'INFIRMATION JURIDICTIONNELLE DE L'ANNULATION

Le point que nous nous proposons d'aborder à présent semble, de prime abord, aller tellement de soi qu'on pourrait hésiter à le compter au nombre des hypothèses de relativisation des effets d'une annulation : quoi de plus normal que la mise à néant d'une décision juridictionnelle - prononçât-elle une annulation - par l'exercice d'une voie de recours ouverte contre elle au profit des justiciables ! Mais, à la réflexion, on s'aperçoit que se concentrent ici des problématiques spécifiques, dont l'étude s'inscrit sans conteste dans notre dynamique de présentation. Avant de s'en persuader pleinement, il faudra démontrer, à chaque étape du raisonnement, que les jugements d'annulation susceptibles de réformation méritent qu'on s'intéresse à eux tout autant qu'aux décisions juridictionnelles définitives, dans la mesure où ils en possèdent les caractéristiques essentielles, à savoir l'autorité et l'effectivité. On pourra ensuite expérimenter que l'aboutissement d'une voie de recours, du fait de l'anéantissement de la chose jugée en premier ressort, rend à l'acte initialement annulé son intégrité originelle.

Paragraphe 1 - L'annulation infirmée perd son autorité

Lorsqu'une décision de justice a prononcé l'annulation d'un acte administratif, des voies de recours ouvertes à l'encontre de ce jugement peuvent être mises à profit, en général par l'administration, pour en obtenir la censure par une autorité juridictionnelle supérieure. Les deux principales voies sont bien sûr constituées par l'appel et le recours en cassation. La raison d'être d'un recours réside dans la réformation ou l'annulation de la décision attaquée³¹³, et tant

³¹¹ Chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.331.

³¹² Le Conseil d'État, en vertu de cette logique, n'a pas consacré la thèse selon laquelle la divisibilité du permis serait limitée aux cas où l'administration ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur la participation financière (*ibid.*) ; certains jugements de tribunaux administratifs insistent au contraire sur l'idée de compétence liée pour permettre la divisibilité, manifestant ainsi le souci de ne pas substituer abusivement leur appréciation à celle de l'autorité compétente lorsque cette dernière possède une large liberté d'action : voir notamment T.A. Paris, 20/03/1989, Mme Bourgain, *Lebon*, p.381.

³¹³ Le recours dans l'intérêt de la loi constitue à cet égard une exception puisqu'il ne produit qu'une censure doctrinale du jugement attaqué.

que ce jugement n'est pas devenu définitif par expiration des délais prévus pour sa contestation, cette menace pèse sur lui comme l'épée de Denys sur Damoclès. Un tel aléa ne signifie pas pour autant que la décision de justice qu'il affecte soit dépourvue de toute autorité ; au contraire, chaque jugement, rendu par une quelconque juridiction administrative possède ce caractère dès son prononcé, au même titre que les arrêts émanant du Conseil d'État lui-même. Les annulations décidées en première instance, bien que susceptibles d'appel, ou celles que les Cours administratives d'appel peuvent désormais prononcer sous le contrôle en cassation du Conseil d'État, constituent donc bien des annulations à part entière, et le fait que leur sort soit suspendu à la réponse qu'apportera le juge de dernier ressort n'est pas de nature à leur ôter cette qualité. Mais, à l'inverse d'une annulation définitive, l'autorité de chose jugée dont elles sont revêtues peut venir à s'effacer : ce sera le cas dès lors qu'une voie de droit ménagée à leur rencontre aura abouti.

I - Le principe de l'autorité du jugement non définitif

Cette autorité s'attache à ce jugement dès son prononcé ; l'exercice d'une voie de recours n'altère en rien celle-ci.

A. Dès son prononcé

Les jugements rendus par une autorité juridictionnelle administrative revêtent dès cet instant³¹⁴ l'autorité de chose jugée. Il convient en effet de distinguer entre "autorité de chose jugée" et "force de chose jugée" : alors que la seconde caractérise les seules décisions juridictionnelles devenues définitives - car "insusceptibles d'une voie de recours ordinaire (appel ou opposition), soit parce que les délais de recours sont expirés, soit parce que le recours, effectivement exercé, a échoué"³¹⁵ -, la première s'attache aux jugements où arrêts sur lesquels "le juge primitivement saisi ne peut plus revenir"³¹⁶. C'est sans conteste le cas des décisions d'annulation qui, à l'inverse de certains jugements³¹⁷, s'imposent aux juges qui les ont prononcées.

B. Nonobstant l'exercice possible ou effectif d'une voie de recours

Ce qui est pris en compte afin de reconnaître l'autorité de chose jugée n'est pas le caractère définitif de la décision rendue ; comme l'a montré D. de Béchillon, "il importe seulement que le jugement ne soit pas placé effectivement dans une situation objective et établie de précarité au moment où on en évalue l'effet juridique, et non qu'il risque plus ou

Voir M. Pès, *Le pourvoi dans l'intérêt de la loi en matière administrative*, Thèse Paris 2, 1974.

³¹⁴ Et donc avant même sa notification aux intéressés : voir par exemple C.E., 18/01/1967, élections municipales de Santa-Maria-di-Lota, p.20 : sont nulles les élections municipales auxquelles il a été procédé trois jours après l'annulation des opérations de révision de la liste électorale par un tribunal administratif, alors même que ce jugement n'a pas encore fait l'objet d'une notification.

³¹⁵ P. Delvolvé, "L'exécution des décisions de justice contre l'administration", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1983/84, art. cit. n°35, p.11 (n°7). Une décision "irrévocable" est celle contre laquelle ne peut même pas être exercée une voie de recours extraordinaire (cassation, tierce opposition, recours en révision).

³¹⁶ *Ibid.* L'auteur cite, en guise d'exemple, l'arrêt C.E., 14/12/1979, Mme Pointe, p.845.

³¹⁷ Jugements provisoires, ordonnances de référé, décisions de sursis à exécution, etc...

moins hypothétiquement d'être, un jour, remis en cause selon une voie de droit ad hoc³¹⁸. Deux situations méritent qu'on s'y attarde :

* Peu importe en premier lieu que cette autorité soit peut-être provisoire, comme en témoigne la jurisprudence *Ministre de la défense c/ Amar*³¹⁹ : une commission régionale du service national, qui avait refusé au requérant une dispense au titre de soutien de famille, avait vu sa décision annulée par un tribunal administratif. La commission saisie à nouveau, refusa une fois encore la dispense sollicitée. Le Conseil d'État va considérer que, "bien qu'elle ait statué avant que le jugement (...) fût passé en force de chose jugée, la commission régionale n'a pu légalement dénier à M. Amar la qualité de soutien de famille que lui avait reconnu ce jugement".

* Les solutions jurisprudentielles vont plus loin encore dans un second type d'hypothèses : le jugement initialement rendu garde sa pleine autorité de chose jugée alors même qu'un recours a été effectivement intenté contre lui, et ce du moins jusqu'à ce que la juridiction ainsi saisie se soit prononcée³²⁰. Telle est la solution consacrée tant par le Tribunal des Conflits³²¹ que par le Conseil d'État³²².

Mais, on s'en doute, l'autorité de chose jugée trouve ici ses limites naturelles : elle n'existe plus dès lors que la voie de recours a effectivement conduit à l'infirmité du jugement³²³. Intéressons-nous maintenant de plus près à cette hypothèse, et nous découvrirons combien l'abolition de la chose initialement jugée y est complète.

II - L'étendue de l'anéantissement de l'autorité de la chose jugée en cas d'aboutissement d'une voie de recours

Une précision terminologique préliminaire s'impose : quand nous parlons d'"aboutissement d'une voie de recours" à l'encontre d'une annulation primitive, nous envisageons en fait deux hypothèses :

- La plus simple est celle dans laquelle l'annulation avait été prononcée par une juridiction de premier ressort (en règle générale un tribunal administratif), et où ce jugement a été infirmé en appel (par une Cour administrative d'appel ou le Conseil d'État lui-même) à la suite d'un nouvel examen du litige. C'est là la fonction normale de l'appel, à savoir de rejurer à la fois en droit et en fait l'affaire à laquelle la première juridiction a déjà donné une solution³²⁴.

- Les contours du deuxième cas de figure doivent être tracés avec plus de rigueur : il s'agit des affaires dans lesquelles ce qui est contesté ne résulte pas de la solution donnée par les juges, mais bien de la manière dont le jugement a été rendu ; on met en avant les vices de procédure ou de forme qui entachent ce dernier. C'est là, à titre principal, la fonction du recours

³¹⁸ "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État", *art. cit.*

³¹⁹ C.E., S., 7/12/1979, p.455.

³²⁰ Il n'en irait autrement que si le recours revêtait un caractère suspensif. Voir sur ce point D. de Béchillon, *art. cit.*, p.10.

³²¹ T.C., 13/01/1958, Société des ateliers de wagons de Brignoud, p.792.

³²² C.E., S., 9/01/1959, Dame Boigé et autres, p.31.

³²³ C.E., 27/01/1960, Ministre de la reconstruction c/ Dame veuve Lannoy, p.63.

³²⁴ Cela détermine d'ailleurs l'intérêt à faire appel, puisque seules possèdent cet intérêt les parties auxquelles il n'a pas été donné intégralement satisfaction en première instance : C.E., S., 28/01/1966, Société La Purfina France, p.68.

en cassation dont peut connaître le Conseil d'État contre toute décision émanant d'une autre juridiction administrative statuant en dernier ressort. Mais ce peut être aussi parfois le rôle de la juridiction d'appel qui, avant de se prononcer, se doit d'examiner, même d'office, les causes possibles d'irrégularité du jugement qui lui est soumis³²⁵. Lorsque nous employons l'expression "aboutissement de la voie de recours" dans ces dernières hypothèses, nous ne pensons pas simplement aux cas où le jugement a été annulé ou cassé comme irrégulièrement rendu ; nous prenons en compte le stade ultime de la procédure, stade auquel se prononce soit la juridiction même qui a censuré le jugement considéré (par évocation du litige pour ce qui est de l'appel, ou en vertu de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 en ce qui concerne la cassation), soit la juridiction devant laquelle a été renvoyée l'affaire. Aura alors "abouti", au sens où nous l'entendons, le recours qui, en dernier ressort, infirmera la décision originellement attaquée, c'est-à-dire celui qui aura pour effet de substituer un arrêt de rejet au jugement initial d'annulation.

Défini de la sorte, l'aboutissement des voies de recours ouvertes contre un jugement prive celui-ci de toute autorité. Il s'analyse comme une "menace normale"³²⁶ sur la chose jugée, puisque cette dernière n'était ici ni définitive, ni à plus forte raison irrévocable : dès lors qu'une possibilité de contestation d'un jugement a été instituée, il paraît naturel d'assurer la suprématie de l'autorité de la décision ultime ; la nouvelle chose jugée doit remplacer l'ancienne³²⁷. Ainsi en va-t-il quand une décision de justice annulant un acte administratif est infirmée par la juridiction habilitée à ce faire³²⁸ : l'autorité de l'arrêt rendu par cette dernière se substitue à celle de l'annulation initiale, qui se trouve privée de tout effet. Et si cette substitution apparaît toujours totale, elle se révèle parfois si complète qu'on peut la qualifier de "parfaite".

A. L'arrêt de rejet se substitue toujours totalement au jugement annulation.

La décision finale va prendre rétroactivement la place du jugement initial. Certes, cette rétroactivité n'a jamais été expressément formulée ni par le juge³²⁹, ni par la doctrine, à l'inverse de celle qui s'attache aux jugements d'annulation proprement dits. Elle peut toutefois se déduire assurément de certaines solutions particulières qui, sans cela, seraient privées de tout fondement. La plus éclatante d'entre elles est sans conteste le fait de l'arrêt *Dame Krier*³³⁰ : la requérante, licenciée pour insuffisance professionnelle, avait dans un premier temps essuyé le rejet au fond, par le tribunal administratif de Strasbourg, de sa demande d'indemnité. Ayant interjeté appel, elle se heurta à un nouveau rejet du Conseil d'État, mais motivé cette fois par l'irrecevabilité de la demande, faute d'avoir été dirigée contre une décision administrative

³²⁵ Voir par exemple C.E., 23/02/1966, Le Penven, p.141.

³²⁶ G. Delvolvé, "Chose jugée", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n°137.

³²⁷ Cf. par exemple à l'égard du juge judiciaire : C. Cass., Chambre mixte, 10/01/1980, Bull. civ., n°1. ; C. Cass., Soc., 24/03/1988, Société IPEM c/ Ragno, *Bull. civ. V*, n°207 : la décision d'une cour d'appel fondée sur un jugement d'un tribunal administratif ultérieurement annulé par le Conseil d'État est dépourvue de toute base.

³²⁸ Toutes les annulations de décisions administratives ne sont donc pas concernées par ce cas de figure, en particulier celles dont le Conseil d'État est compétent pour apprécier la légalité en premier et dernier ressort -son appréciation étant par là même insusceptible tant d'appel que de cassation. Cela démontre d'ailleurs que la "règle" du double degré de juridiction ne possède qu'une valeur relative. Voir sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°964.

³²⁹ Bien qu'elle l'ait été par certains commissaires du gouvernement, et notamment par M. Galmot dans ses conclusions sous l'arrêt C.E., 14/10/1966, Delle Boulanger (*Lebon* p.547) : pour lui, la décision du juge d'appel "se substitue à celle du juge de première instance, même lorsqu'il rejette le pourvoi et confirme ainsi le jugement attaqué".

³³⁰ C.E., 18/06/1986, p.166 ; *Les petites affiches*, 21/11/1986, p.33, note Ph. Terneyre ; *Dalloz* 1987, jurisp., p.193, note Pacteau.

préalable. Ayant entre-temps essuyé un refus d'indemnisation émanant de son ancien employeur, Mme Krier avait à nouveau saisi le tribunal administratif afin d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi. Le tribunal lui opposa l'autorité de chose jugée qui s'attachait à sa première décision³³¹. Saisi en appel de ce dernier jugement, le Conseil d'État n'a pas suivi l'analyse pratiquée par les magistrats de premier ressort : il a en effet estimé que "le motif retenu par le juge d'appel - à savoir l'irrecevabilité - s'est rétroactivement substitué à celui qu'avaient retenu les premiers juges - qui avait conduit à un rejet au fond" ; l'exception de chose jugée ne pouvait dès lors plus être opposée à la nouvelle requête.

Ce qui vaut dans l'hypothèse où le juge d'appel a confirmé, sur la base d'autres motifs, le jugement contesté, vaut à plus forte raison dans les cas où il infirme la décision des premiers juges³³² : l'autorité de ce qui est décidé en appel se substitue rétroactivement à celle du jugement initial, ce dernier devant être regardé comme n'ayant jamais eu cette qualité, que ce soit en plein contentieux ou en excès de pouvoir. "La primauté juridique des arrêts d'appel, seuls source de véritable chose jugée dans les affaires sur lesquelles ils interviennent"³³³, se trouve ainsi consacrée.

B. L'arrêt de rejet se substitue parfois parfaitement au jugement d'annulation.

L'hypothèse que nous envisageons maintenant recouvre non plus une simple substitution de chose jugée, mais bien un remplacement pur et simple de jugement. Dans le cas précédent en effet, si l'autorité de l'appel prend rétroactivement le relais de celle qui s'attachait initialement à la décision des premiers juges, cela n'a pas pour conséquence d'effacer totalement cette dernière. Juridiquement, celle-ci a existé, ne serait-ce que pour attester que le double degré de juridiction a fonctionné. Il en va différemment lorsque le jugement est censuré - par voie d'appel ou de cassation - à raison des vices propres qui l'affectent : dans ce cas là, le litige "doit en effet être considéré comme n'ayant jamais été jugé", ce qui explique en particulier la technique du renvoi³³⁴. La substitution du dernier jugement au premier sera donc ici parfaite, celui-ci n'étant pas censé avoir préexisté à celui-là³³⁵.

L'abolition théorique de l'autorité de chose jugée dévolue au jugement d'annulation désormais infirmé va se traduire, sur le plan matériel, par la "résurrection" de l'acte qui en était l'objet. Celui-ci avait en effet en principe disparu de l'ordonnancement juridique ; il doit y retrouver la place qui était la sienne avant la censure juridictionnelle qui l'a, à tort, frappé.

³³¹ Il y avait en effet identité de parties, de cause et d'objet entre les deux litiges considérés (sur cette notion d'autorité relative de chose jugée, voir *supra*, Titre préliminaire).

³³² Voir en ce sens Ph. Terneyre, note précitée, p.34.

³³³ B. Pacteau, note précitée, p.195.

³³⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1011. M. Chapus explique qu'il s'agit là d'une "dérogation fictive" à la règle du double degré de juridiction, car, si juridiquement l'affaire est censée n'avoir jamais été jugée, elle l'a été matériellement parlant.

³³⁵ Apparaît à ce propos étonnant un récent arrêt de Section qui prononce une astreinte en vue d'assurer l'exécution d'un jugement annulé en appel pour irrégularité propre, mais confirmé au fond (C.E., S., 5/05/1995, Mme Berthaux ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.653, note I. Muller). Il faut convenir, avec Mme Muller, qu'une telle construction "se révèle fort peu orthodoxe sur le plan juridique", et ne se justifie que par le souci du Conseil d'État d'assurer, en l'espèce, une exécution rapide et efficace de la chose jugée.

Paragraphe 2 - L'annulation infirmée perd son effectivité

Lorsqu'une annulation est prononcée, elle doit immédiatement, en principe, recevoir pleine application, nonobstant encore une fois l'existence, voire l'exercice d'une voie de réformation : l'acte qu'elle censure disparaît donc de l'ordonnancement juridique. Mais que le recours vienne à aboutir, et l'on devra lui rendre son intégrité juridique et matérielle, ce qui revient à reconnaître l'ineffectivité totale de l'annulation première.

I - Le principe de l'exécution du jugement non définitif

Le jugement non définitif, même s'il est contesté, doit être exécuté comme s'il s'agissait d'une décision de dernier ressort. Cela résulte tant de la force exécutoire qui s'attache aux annulations "provisoires" que du principe de l'effet non suspensif des recours consacré en matière administrative.

A. L'obligation d'exécuter la chose jugée

Cette obligation ne concerne pas les seuls jugements définitifs, et donc passés en force de chose jugée, cette condition n'étant pas au nombre de celles requises afin de la constituer. Elle s'avère en outre d'une vigueur particulière.

1 - Fondements

Même si, en dernière analyse, l'exécution des décisions de justice par l'administration condamnée suppose toujours un tant soit peu de bonne volonté de sa part³³⁶, le temps où l'obligation d'exécuter était assimilée à un devoir juridique non sanctionné, voire à un simple "devoir moral"³³⁷ s'imposant à celle-ci, paraît révolu. Bien évidemment, il n'existe pas à proprement parler d'exécution forcée contre l'administration ; l'évolution de l'État de droit a doté cependant l'administré et le juge de moyens de pression suffisamment persuasifs pour rendre effectifs la quasi totalité des jugements rendus³³⁸. On peut donc, sans exagération de langage, parler d'un véritable devoir d'exécution dont la source est double :

a) La qualité de chose jugée

Comme il a été dit, cette qualité est le fait de tout jugement sur lequel le juge qui a statué ne peut plus revenir. Le litige a été solutionné totalement dans un sens donné, et cette interprétation a force de vérité légale en vertu de l'adage *res judicata pro veritate habetur*. Au delà de cette formule se cache un impératif "constitutionnel" qui a été mis en lumière par Carré de Malberg³³⁹ : "si les administrateurs ont le devoir de se conformer aux décisions des

³³⁶ Voir notamment sur ce point H. Oberdorff, *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, *op. cit.*, p.255 s..

³³⁷ Voir notamment Laferrière, *op. cit.*, t.II, p.573. ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, pp.394 et 959.

³³⁸ Pour plus de détails sur ces moyens de pression, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

³³⁹ Contribution à la théorie générale de l'État, t. I, p.725.

tribunaux administratifs, (...) c'est parce que, dans le système de l'unité de l'État, tout acte fait par une autorité opérant dans le cadre de sa compétence régulière³⁴⁰ doit normalement valoir au regard des autres autorités étatiques même si elles sont indépendantes, et à la condition toutefois qu'elles ne soient pas elles-mêmes hiérarchiquement supérieures, comme une manifestation de l'activité de la personne État une et indivisible". Seul en fin de compte, hors l'hypothèse d'une intervention du législateur³⁴¹, le juge régulièrement saisi d'un recours contre le jugement considéré pourra remettre en cause l'autorité de chose jugée dont il est revêtu ; le caractère "normatif"³⁴² de celle-ci non seulement s'oppose à toute autre atteinte, mais suppose également qu'on doive en tirer toutes les conséquences³⁴³.

b) Le caractère exécutoire de la décision rendue

Outre la qualité de chose jugée, le jugement rendu doit, pour s'imposer à la personne condamnée, posséder un caractère exécutoire, concrétisé par la formule suivante : "La République mande et ordonne au ministre (ou au préfet) de (...) et à tous les huissiers de justice à ce requis (...) de pourvoir à l'exécution de la présente décision". On retrouve là, ni plus ni moins, l'expression de l'impératif institutionnel souligné par Carré de Malberg³⁴⁴. Ladite formule est apposée dans tous les cas où la loi l'a prévu³⁴⁵, et notamment s'agissant d'annulations non définitives. Il paraît normal en effet, sachant que certaines décisions en bénéficient alors même qu'elleS ne possèdent pas la qualité de chose jugée³⁴⁶, que les jugements revêtus de cette autorité en soient eux aussi gratifiés, même s'ils sont encore susceptibles de recours³⁴⁷.

Les deux conditions exigées pour constituer l'obligation d'exécution se trouvent en conséquence parfaitement remplies par les décisions non définitives prononçant l'annulation d'un acte administratif ; attachons-nous maintenant à en préciser la teneur.

2 - Modalités

Deux caractères remarquables de l'obligation d'exécution doivent être mis en relief :

* A souligner tout d'abord qu'il s'agit d'une obligation "absolue", à savoir que la personne qui doit exécuter ne peut s'exonérer de ce devoir en prétextant des difficultés qu'engendrerait cette exécution. L'autorité administrative compétente pour prendre les mesures nécessitées par l'annulation d'un de ses actes ne peut donc s'en dispenser en avançant des arguments

³⁴⁰ A savoir ici "déterminer et ordonner ce qui est le droit d'après la loi", *ibid.*, p.724.

³⁴¹ Et encore pourra-t-on s'apercevoir, en étudiant la technique des validations législatives, que le pouvoir de ce dernier est extrêmement conditionné en la matière.

³⁴² Sur cette présentation de la chose jugée en termes de norme, voir D. de Béchillon, *art. cit.*, p.2.

³⁴³ Voir par exemple en ce sens C.E., 19/04/1961, *Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Bruant*, p.242.

³⁴⁴ Cet impératif semble cependant primer la formule qui le consacre (Kellershohn, *op. cit.* p.50-51).

³⁴⁵ Voir, pour ce qui est des décisions du Conseil d'État, l'ordonnance n°45-1708 du 31/07/1945, art.70.

³⁴⁶ Cf. par exemple, s'agissant des jugements de sursis à exécution, C.E., S., 9/12/1983, *Ville de Paris et autres*, p.499, conclusions B. Genevois ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.109, chronique MM. Lasserre et Delarue.

³⁴⁷ C'est ce que consacre, pour les jugements des tribunaux administratifs et les arrêts des Cours administratives d'appel, l'article L.8 du code T.A. C.A.A.

d'opportunité : pour prendre un exemple, l'administration qui doit réintégrer un agent à la suite de l'annulation de l'éviction de celui-ci, ne saurait s'y refuser en mettant en exergue qu'il exerce une activité privée incompatible avec un emploi public³⁴⁸. De même, une commission départementale de remembrement ne saurait prendre prétexte d'"impossibilités techniques" pour se dispenser d'exécuter un jugement ayant annulé une de ces décisions³⁴⁹.

* En second lieu, il nous faut insister sur le fait que l'exécution du jugement est un droit pour celui qui en est le bénéficiaire³⁵⁰. Cela sous-entend que l'obligation naît de la simple notification du jugement à la personne devant en tirer les conséquences³⁵¹, même si cette dernière dispose d'un "délai raisonnable" pour ce faire³⁵². L'intérêt du bénéficiaire est cependant de mettre l'administration condamnée devant ses obligations : ce recours gracieux a l'avantage d'interrompre le cours de la prescription quadriennale, et permet, si un refus lui est opposé, d'engager la pleine responsabilité de l'administration pour inexécution³⁵³.

Tout est donc réuni pour qu'une annulation, bien que susceptible d'une infirmation en appel ou en cassation, soit pleinement exécutoire. Encore faut-il que l'exercice effectif d'une voie de recours ne suspende pas ce devoir qui pèse sur l'administration.

B. L'effet non suspensif des voies de recours

1 - Teneur du principe

A l'instar des recours - gracieux ou contentieux - dirigés contre les décisions administratives³⁵⁴, le fait de contester un jugement administratif devant une autorité juridictionnelle habilitée à connaître de cette réclamation est en principe dépourvue d'effet suspensif, c'est-à-dire que l'exécution de la décision du premier juge ne peut être différée jusqu'au moment où l'instance de recours se sera prononcée. Cette règle, qui n'admet que des dérogations législatives expresses, est formulée par l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 pour ce qui est du Conseil d'État ; elle a été reprise, s'agissant des Cours administratives d'appel, par l'article R.125 du Code les régissant. Nous avons là affaire à une spécificité notable du contentieux administratif, puisque c'est le principe rigoureusement inverse que consacre la procédure judiciaire civile³⁵⁵.

³⁴⁸ C.E., 20/04/1955, Veuve Parsonneau, p.201.

³⁴⁹ C.E., 14/12/1983, Jacq, p.510 ; *Dalloz* 1985, I.R., p.209, obs. F. Moderne et P. Bon.

³⁵⁰ C.E., 3/06/1964, Ministre des finances c/ Curdel, p.978 ; *Droit administratif* 1964, n°225.

³⁵¹ C.E., 16/10/1985, Commune de la Garenne-Colombes, p.679 ; *Droit administratif* 1985, n°564.

³⁵² Voir notamment conclusions R. Odent sur C.E., 27/05/1949, Véron-Reville, *La gazette du Palais* 1949, 2, p.34 ; et C.E., 14/10/1960, Guichon, p.539.

Ce délai "dépend bien entendu des circonstances de chaque affaire", mais il "ne saurait excéder sensiblement trois ou quatre mois qu'en cas de difficultés exceptionnelles" (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°927).

³⁵³ Le Conseil d'État a en effet décidé, dans une affaire au moins, que la faute de l'administration qui n'a pas immédiatement exécuté la chose jugée, est atténuée par l'attitude du bénéficiaire du jugement qui s'est délibérément abstenu de solliciter cette exécution (C.E., 26/10/1966, Ministre de la Santé c/ dlle Fourtet, p.1094).

³⁵⁴ Voir *infra*, Titre suivant.

³⁵⁵ Aux termes de l'article 539 du nouveau Code de procédure civile en effet, "le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif.

2 - Justifications du principe

Les raisons qui sous-tendent cette règle sont de deux ordres, historique et pratique.

a) D'un point de vue historique

Primitivement - à savoir depuis l'époque révolutionnaire et notamment la loi des 16-24 août 1790 -, les deux principes conférant un effet non suspensif tant au recours dirigé contre un acte administratif qu'aux voies de droit ouvertes à l'encontre d'un jugement administratif³⁵⁶ ne faisaient qu'un, la solution des litiges intéressant la puissance publique étant alors conçue comme un élément de l'action d'administrer. La mutation progressive du Conseil d'État et des différentes instances administratives de jugement en juridictions à part entière n'a pas eu pour effet de dissocier sur ce point privilège du préalable et régime des recours contentieux, c'est-à-dire d'aligner ce dernier sur les règles gouvernant la procédure civile³⁵⁷. Il faut dire que l'effet non suspensif des recours présente un intérêt pratique non négligeable.

b) D'un point de vue pratique

La règle traditionnelle présente un certain nombre d'aspects positifs. Le premier se rapproche de la justification du privilège du préalable lui-même : l'intérêt général, que poursuit l'administration, ne saurait être entravé par le recours formé par une personne privée condamnée ou déboutée de ses prétentions en première instance. Parallèlement, et ce point est plus remarquable, il faut souligner que, contrairement cette fois au caractère non suspensif des recours contre les décisions administratives, la règle que nous étudions se révèle dans la plupart des cas plus favorable à l'administré qu'à la puissance publique : lorsque le jugement de premier ressort crée une obligation à la charge de cette dernière (ce qui est généralement le cas quand un de ses actes a été censuré, car l'auteur a au moins le devoir de ne pas l'appliquer), la personne qui en est bénéficiaire n'aura pas à attendre le résultat de l'appel formé par l'administration pour profiter de l'exécution dudit jugement. Le caractère non suspensif des voies de recours "trouve - donc - sa justification non seulement dans l'histoire mais aussi dans l'intérêt général comme dans celui des particuliers"³⁵⁸.

3 - Implications du principe

Le jeu de l'effet non suspensif des voies de recours contre les jugements emporte plusieurs conséquences :

a) Quant aux parties

La première solution logique veut que l'exécution du jugement frappé d'appel par la personne condamnée ne vaille pas acquiescement de sa part, cette attitude étant imposée par les règles ci-dessus exposées³⁵⁹. Dans le même ordre d'idée, on conçoit que l'exécution d'un jugement postérieurement à l'introduction d'un recours contre lui n'est pas de nature à rendre celui-ci sans objet, et provoquer de ce fait un non-lieu à statuer³⁶⁰.

³⁵⁶ Contenu dans l'article 3 du Règlement du 22/07/1806.

³⁵⁷ Voir notamment Jacquelin, "L'évolution de la procédure administrative", *Revue du droit public* 1903, p.373 s.

³⁵⁸ Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des juridictions administratives, *Revue française de droit administratif* 1990, p.493.

³⁵⁹ Voir notamment C.E., S., 15/10/1982, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ Epoux Rode*, p.341.

³⁶⁰ C.E., 28/04/1972, *Société bordelaise d'entreprise et de matériel*, *Droit administratif* 1972, n°228.

b) Quant au juge

Le juge peut lui aussi tirer les conséquences d'un jugement menacé par l'exercice d'une voie de recours : le Conseil d'État a par exemple considéré que l'existence d'un appel, à la suite d'un jugement annulant une délibération de conseil municipal, n'empêchait pas le tribunal administratif de se fonder sur l'annulation de la délibération en cause pour censurer par voie de conséquence un certain nombre d'arrêtés³⁶¹. De même, la loi du 16 juillet 1980, introduisant l'astreinte en contentieux administratif, n'en a pas subordonné le prononcé au caractère définitif de la décision de justice dont il s'agit d'assurer l'exécution³⁶². Le Conseil d'État a ainsi pu en infliger une à une administration récalcitrante à tirer les conséquences d'une annulation, nonobstant la circonstance qu'elle avait interjeté appel du jugement inexécuté³⁶³.

Une décision d'annulation apparaît donc comme un jugement exécutoire à part entière dès son prononcé, quelle que soit l'attitude de l'administration (qu'elle s'y soumette ou le conteste). L'accueil d'un recours exercé à son encontre va en conséquence produire des effets intéressants, dans l'optique de notre analyse sur la portée des censures opérées par le juge, puisqu'il s'avère que l'acte censuré renaît alors de ces cendres.

II - Les deux modes d'anéantissement de l'effectivité d'une annulation en cas d'aboutissement d'une voie de recours

Lorsqu'est accueilli un appel interjeté ou une cassation poursuivie contre une annulation juridictionnelle, l'exécution de celle-ci - à laquelle l'administration, nous venons de le dire, est incessamment tenue - doit s'effacer. L'acte censuré retrouve donc en principe sa plénitude ; et cela sera d'autant plus facile que, dans certaines hypothèses, il n'aura jamais disparu de l'ordre juridique.

A. L'effet normal de l'aboutissement de la voie de recours : la réfection, dans la mesure du possible, de l'acte primitivement annulé

Cette réfection est en principe de mise ; elle se heurte quelquefois, cependant, à des obstacles s'opposant à son entière réalisation.

1 - Le principe de la restauration de l'acte annulé à tort

Si l'administration se trouve dans l'obligation d'exécuter un jugement avant même qu'il ne devienne définitif, la jurisprudence ne manque pas de lui rappeler que cette exécution

³⁶¹ C.E., 24/11/1989, Commune de La Seyne-sur-Mer, req. n°74095, inédit.

³⁶² Sur l'économie générale de ce système législatif, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

³⁶³ C.E., 28/05/1993, Mme Bastien, *Revue française de droit administratif* 1994, p.57, conclusions D. Kessler.

s'effectue "à ses risques et périls"³⁶⁴. Ainsi par exemple, l'autorité compétente est-elle tenue de réintégrer un fonctionnaire dont l'éviction a été annulée, même si la juridiction d'appel doit ensuite infirmer la solution et compromettre la valeur juridique de cette opération³⁶⁵. Corrélativement à la qualité de chose jugée du premier jugement, c'est alors l'application qui en a été faite qui vient rétroactivement à disparaître. De cette façon, lorsque le juge avait annulé un acte, ce dernier se trouvera rétabli, avec tous ses effets, du fait du renversement de la solution par la juridiction d'appel. La jurisprudence *Ville de Toulouse c/ Anisset*³⁶⁶ l'affirme clairement : l'intéressé avait obtenu l'annulation de l'arrêté le licenciant ; le Conseil d'État, en appel, infirme la solution et estime en conséquence que "le sieur Anisset doit être regardé comme ayant été légalement licencié par l'arrêté du maire (...), acte administratif qui se trouve rétroactivement rétabli dans tous ses effets juridiques" ; il ne peut prétendre en conséquence à aucune indemnisation du préjudice que lui aurait causé cette mesure. L'annulation initiale apparaît en conséquence totalement ineffective, tant sur le plan juridique que matériel. Mais, dans la pratique, tout n'est pas forcément aussi simple : l'effacement de principe de l'exécution de la décision infirmée se révèle n'être pas aussi automatique que celui de la chose jugée qui s'y attachait, pour la bonne et simple raison qu'on ne peut toujours gommer des agissements matériels aussi complètement qu'une attribution purement théorique.

2 - La survie de fait de certaines mesures d'exécution de l'annulation

Si en principe l'annulation primitive est effacée, en droit comme en fait, lorsque le recours intenté contre elle a abouti, il n'en va pas toujours de la sorte sur le deuxième terrain. Il n'est pas rare en effet que l'administration ne puisse totalement revenir sur l'exécution du premier jugement, de la même manière qu'elle ne peut pas toujours effacer ce qu'un acte illégal tardivement annulé a suscité³⁶⁷ ; certaines traces matérielles en subsisteront donc. Ainsi, à titre d'illustration, lorsque l'administration a procédé à des opérations d'intégration d'agents publics, l'annulation de cette entreprise en première instance induit souvent la réalisation de nouvelles opérations de ce type (ouverture d'un nouveau concours, par exemple). Si les juges d'appel infirment ultérieurement le jugement originaire, des droits acquis peuvent s'opposer à ce que, en exécution de cette nouvelle décision de justice, l'administration invalide toutes les nominations prononcées à la suite de la seconde intégration³⁶⁸.

On pourrait conclure, au vu de cette résistance des faits, qu'une annulation infirmée n'est pas *ipso facto*, du moins sur un plan pratique, aussi anesthésiée que les principes qui gouvernent les conséquences de l'aboutissement des voies de recours tendraient à nous le faire croire. Ce serait faire fi de la réalité contentieuse, qui s'affranchit souvent du schéma qui vient d'être esquissé.

³⁶⁴ Selon l'ancienne expression consacrée, issue notamment de l'arrêt C.E., 11/01/1855, Cie des chemins de fer d'Avignon à Marseille, p.43.

³⁶⁵ Pour un exemple équivalent en matière d'annulation de réquisition, voir l'arrêt Société des ateliers de wagons de Brignoud, précité.

³⁶⁶ C.E., 27/11/1970, *Lebon* p.717

³⁶⁷ Se reporter *infra*, Titre II, Sous-titre I.

³⁶⁸ Voir *ibid.* Cette résistance des faits ne se rencontre pas seulement en matière d'annulation : ainsi, lorsque, en exécution d'un jugement le condamnant, un particulier a dû verser à l'administration une somme d'argent, l'infirmité en appel de cette condamnation n'entraîne plus le versement d'intérêts moratoires sur les sommes indûment payées, seuls pourtant capables de remettre les parties dans une situation équivalente à celle qui existait avant l'exécution :

C.E., 4/05/1984, Maternité régionale A. Pinard, p.165, conclusions C. Dutheillet de Lamothe ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.430, Chronique B. Lasserre et S. Hubac ; *La Revue administrative* 1984, p.376, note B. Pacteau.

B. L'effet anormal de l'aboutissement de la voie de recours : le maintien pur et simple de l'acte annulé dans l'ordonnancement juridique

Le schéma ordinaire construit sur la succession "disparition de l'acte annulé / restauration de celui-ci" peut se trouver court-circuité dans des hypothèses atypiques où l'administration n'a pas exécuté le jugement initial. Contrairement au cas de figure classique, le rétablissement de l'acte annulé ne nécessite ici aucune mesure spécifique pour la bonne et simple raison que son annulation n'est jamais devenue effective, le principe de l'effet non suspensif des voies de recours ayant, d'une manière ou d'une autre, été tenu en échec. L'infirmité ultérieure du jugement censurant l'acte en cause ne vient donc dans ce cas qu'avaliser le maintien en vigueur de l'acte annulé à tort ; l'annulation de ce dernier n'aura pas, en conséquence, eu le moindre impact en pratique. L'"anormalité" de cette situation est ambivalente : dans le premier type d'hypothèses que nous allons étudier, ce terme n'implique aucun jugement de valeur, le caractère anormal - on aurait pu dire anomal - se comprenant simplement comme le reflet de leur situation d'exception par rapport aux principes consacrés en contentieux administratif ; il en va différemment de la seconde hypothèse, pour laquelle l'expression devra s'entendre comme stigmatisant l'irrégularité du comportement administratif qu'elle qualifiera.

1 - Le maintien de l'acte par des moyens institués

Les deux régimes qui vont être présentés, bien que mettant à mal le principe d'effet non suspensif des voies de recours, s'avèrent parfaitement licites car organisés à cette fin. Leur caractère d'exception explique toutefois une relative rareté d'emploi.

a) Les voies de recours dotées par exception d'un effet suspensif

Malgré sa force, le principe de l'effet non suspensif des voies de recours en contentieux administratif connaît quelques dérogations textuelles. Dans leur cadre, l'exécution du jugement de premier ressort ne peut intervenir tant que ce dernier n'est pas devenu définitif - par forclusion des délais contentieux ouverts contre lui ou par confirmation en appel de la sentence qu'il a rendue. Hormis quelques cas ponctuels (liés par exemple aux décisions de certaines juridictions disciplinaires), c'est le contentieux électoral qui, sans conteste, constitue le terrain de prédilection de ces exceptions au principe³⁶⁹. Mais, même ici, le principe de l'effet suspensif, bien que souvent écarté, ne se trouve pas pour autant inversé, certaines dispositions permettant le retour à la règle normale dans des hypothèses où une dérogation ne paraît guère opportune³⁷⁰. Le Conseil d'État a d'ailleurs clairement affirmé que seule l'existence d'un texte en ce sens pouvait conférer effet suspensif à une voie de recours, y compris en matière électorale³⁷¹, et

³⁶⁹ En particulier concernant l'appel des annulations prononcées par les tribunaux administratifs dans le cadre du contentieux de l'élection des conseillers généraux, municipaux et régionaux (Articles L.223, L.250 et L.362 du Code électoral).

³⁷⁰ Le tribunal administratif peut par exemple, en vertu des articles L.233-1 et L.250-1 du Code électoral, écarter l'effet suspensif de l'appel lorsqu'il annule des élections cantonales ou municipales pour cause de "manoeuvres dans l'établissement des listes électorales ou irrégularités dans le déroulement du scrutin" (C.E., 14/09/1983, Elections d'Antony, p.365 ; *Revue du droit public* 1983, p.1650, conclusions B. Genevois).

³⁷¹ C.E., 27/06/1980, Melki, p.852 ; *La semaine juridique* 1981, n°19633, 2^{ème} espèce, note J. Crespel.

l'interprétation des dispositions faisant exception au principe traditionnel y est aussi stricte qu'ailleurs³⁷².

b) Le sursis à exécution des jugements

Il s'agit de la deuxième hypothèse de mise en échec du principe d'effet non suspensif des voies de recours. Tout comme pour suspendre l'application d'un acte administratif dont on conteste la légalité³⁷³, existe une possibilité de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle³⁷⁴. Celui-ci permet de tempérer l'absolutisme de l'obligation d'exécution des décisions de justice, qui, nous l'avons indiqué, n'admet pratiquement pas de dérogations. Il est apparu en effet nécessaire de ménager cette possibilité au profit de l'administration car, dans certaines hypothèses, l'infirmité en appel du jugement auquel il lui faut donner application la plongerait dans situations inextricables³⁷⁵. Hélas, à l'instar de celui de son homologue destiné à atténuer les excès du privilège du préalable³⁷⁶, le maniement de ce sursis apparaît bien peu commode, dans la mesure où son octroi est conditionné par des motifs d'ordre juridique (existence de moyens sérieux et gravité des conséquences qu'entraînerait l'exécution³⁷⁷) dont la réunion est appréciée par le juge avec une relative sévérité³⁷⁸. C'est pourquoi l'autorité administrative préfère souvent s'affranchir elle-même des contraintes d'exécution qui pèsent sur elles. Et cette attitude -déjà blâmable en soi- dépasse souvent de surcroît le cadre des espèces de nature, de par leur complexité, à légitimer une atteinte au principe d'effet non suspensif des recours.

2 - Le maintien de l'acte par un procédé illicite

Pour éviter l'embarras que lui cause l'exécution immédiate d'une annulation qu'elle conteste, l'autorité compétente trouve souvent la parade dans l'immobilisme, attendant l'issue finale du litige avant de se décider à agir, et bravant ainsi le principe de l'effectivité du jugement non définitif.

a) La cause du phénomène : les inconvénients de la "légalité à éclipse"³⁷⁹

Devoir éventuellement revenir sur l'exécution d'un jugement n'est pas, on s'en doute, sans poser de nombreux problèmes pratiques. Ceux-ci paraissent inhérents à la structure du

³⁷² Référence est notamment faite au refus d'étendre la dérogation résultant de l'article L.250 du Code électoral, applicable aux élections des membres des chambres des métiers, aux élections au bureau de ces chambres : C.E., 22/06/1983, Haggai, p. 635.

³⁷³ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

³⁷⁴ Articles R.125 et R.134 pour les Cours administratives d'appel ; et décret du 30/07/1963 pour le Conseil d'État (article 54 s'il statue en appel ; 57-8 sur recours en cassation).

³⁷⁵ Nous allons tout de suite développer ces problèmes de "légalité à éclipse".

³⁷⁶ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

³⁷⁷ Ce sont là les deux conditions du régime général du sursis.

Pour un exemple, C.E., 24/07/1986, Office H.L.M. de la Communauté urbaine de Strasbourg, p.663 ; *Dalloz* 1987, Som. com., p.311, obs. Ph. Terneyre ; *Le Quotidien juridique*, 23/05/1987, p. 8, note F. Moderne.

³⁷⁸ Voire avec une grande subjectivité, comme le démontre la récente affaire *Ministre de l'Education nationale c/ Dlle Salamer* (C.E., 10/07/1995 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.644, conclusions R. Schwartz) : contrairement à ce que lui proposait son commissaire du gouvernement, la Haute juridiction refuse de considérer le jugement du tribunal administratif ayant annulé l'exclusion définitive d'une élève pour port de foulard islamique comme susceptible, en l'état de l'instruction, d'être infirmé en appel, et rejette en conséquence la demande de sursis à exécution dudit jugement. Cette divergence d'opinion montre bien, outre le caractère aléatoire de l'appréciation pratiquée, la tendance du juge à ne prononcer le sursis qu'en cas de quasi certitude d'une prochaine annulation ou réformation de la décision de justice en cause.

³⁷⁹ L'expression est empruntée à E.-P. Luce, "Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs", *La semaine juridique* 1961, Doctrine, n°1658.

contentieux administratif, et l'évolution actuelle que connaît ce dernier risque fort de les accentuer

a-1) Des inconvénients rejaillissant surtout sur l'administration

* Les difficultés que peut rencontrer l'administration confrontée, à quelques mois ou années d'intervalle, à l'obligation d'exécuter deux décisions de justice opposées, sont aisément imaginables. La situation se présente comme suit : une décision administrative, lors de son édicition, est présumée légale et peut donc s'appliquer, même si elle fait l'objet d'une contestation contentieuse, du fait de son caractère exécutoire et de l'effet non suspensif des recours. Si elle vient à être annulée par le tribunal administratif, l'administration devra, alors même qu'elle interjette appel, exécuter ce jugement et faire disparaître toutes les conséquences que l'acte reconnu illégal avait déjà pu emporter. Mais pour peu que le juge d'appel infirme la décision des premiers juges, c'est maintenant l'exécution de cette dernière qu'elle sera tenue d'effacer, l'acte initialement censuré étant censé n'avoir jamais cessé d'être en vigueur.

* Cette situation constitue un facteur d'incertitude juridique non négligeable, susceptible de préjudicier également, mais plus exceptionnellement, aux administrés. Ceux-ci peuvent en effet se voir à nouveau appliquer une règle de droit qu'ils croyaient parfois définitivement disparue³⁸⁰. L'exemple fourni par l'arrêt *Ministre des affaires économiques c/ Sieur Grawitz*³⁸¹ est à cet égard particulièrement frappant : l'intéressé, frappé d'une amende pour infraction à la législation économique, avait obtenu annulation de celle-ci par un tribunal administratif. Durant la phase d'instruction de l'appel formé par le ministre, M. Grawitz décéda. Son avocat fit alors valoir qu'en raison du principe de personnalité des peines, l'action publique se trouvait éteinte, logique que partageaient sans aucun doute les héritiers du défunt. Le Conseil d'État ne devait pas suivre cette analyse, estimant que "si le décès a pour effet de faire obstacle, en raison du principe de la personnalité des peines, à ce que, dans le cas où l'annulation de la décision attaquée (...) serait confirmée, une nouvelle sanction soit infligée sur la base des infractions dont l'existence et la nature devraient être regardées comme demeurant établies, l'annulation dudit jugement et le rejet des demandes formées par le Sieur Grawitz auraient pour résultat que ladite décision intervenue du vivant du Sieur Grawitz, serait réputée n'avoir jamais été annulée et sortirait ses pleins et entiers effets sur le patrimoine de l'intéressé".

a-2) Un problème lié à la structure du contentieux administratif

Nous avons ici affaire à une résultante naturelle de la conjugaison des trois règles que nous avons déjà évoquées : en premier lieu, celle du double degré de juridiction qui, en dépit sa valeur infra-législative³⁸², prime en contentieux administratif depuis notamment la réforme de 1953 ayant fait des tribunaux administratifs des juges de droit commun soumis au Conseil

³⁸⁰ On peut à ce propos établir un parallèle avec la pratique administrative contestable qui consiste à prendre un acte, puis à en prononcer le retrait devant les protestations de ces destinataires, pour enfin abroger ledit retrait afin de faire revivre l'acte initial (voir, validant -sous conditions- cette pratique en matière de déclaration d'utilité publique, C.E., Ass., 29/04/1994, Association Unimate 65 et autres, p. 203 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.367, chronique C. Maugué et L. Touvet). Ici aussi, l'administré pourra se voir opposer un acte qu'il pensait révolu.

³⁸¹ C.E., 9/03/1956, *Dalloz* 1960, Jurisp., p.47, note F.M..

³⁸² C.C., 19/11/1975, n°75-84 L., p.35 ; et C.E., Ass., 11/02/1977, Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne, p.81 (solutions implicites).

d'État en appel³⁸³ ; ensuite, celle de la rétroactivité des annulations qui, nous l'avons vu, vaut également pour l'infirmité des décisions juridictionnelles ; enfin et surtout, celle de l'effet non suspensif des voies de recours, qui produit par là même l'essentiel de ses "effets pervers"³⁸⁴. Cela constitue d'ailleurs la principale raison pour laquelle le contentieux civil a adopté le principe inverse³⁸⁵.

a-3) Un problème réactivé par la création des Cours administratives d'appel

Le problème de la légalité à l'éclipse se pose avec une acuité plus intense encore depuis l'introduction d'un nouvel échelon de juridiction, et du fait qu'on lui confie une importante compétence d'appel en matière d'excès de pouvoir³⁸⁶. Les adversaires de cette dévolution aux Cours administratives d'appel en avaient d'ailleurs pris argument³⁸⁷. Une complication supplémentaire est désormais envisageable : un jugement d'annulation, censuré en appel par une des Cours, peut maintenant parfaitement être confirmé à la suite d'un recours en cassation, par la juridiction de renvoi ou par le Conseil d'État lui-même ; l'exécution de l'arrêt d'appel, qui effaçait celle du premier jugement, doit à son tour disparaître en vertu de la décision ultime. Administration et accessoirement administré sont, dans cette hypothèse certes extrême mais nullement inconcevable, soumis, on en conviendra, à bien rude épreuve.

Du fait de la rareté des cas de recours dotés d'effet suspensif et de l'emploi malaisé du sursis à exécution, l'autorité va souvent en conséquence préférer obvier à toute difficulté en empruntant le subterfuge "hors-la-loi" qui consiste à temporiser sans y être nullement autorisé.

b) Les contours du phénomène de l'attentisme administratif

b-1) Une pratique courante

Pour éviter d'avoir à procéder à des opérations sur lesquelles elle devra revenir si elle obtient gain de cause en appel, l'administration s'abstient très souvent d'exécuter la décision d'annulation qu'elle conteste. Cette pratique, inadmissible au regard des principes sus-exposés, a été depuis longtemps signalée et dénoncée³⁸⁸. Le Conseil d'État n'hésite d'ailleurs pas à la

³⁸³ Cet aspect négatif de la réforme (à savoir les problèmes de légalité à l'éclipse) avait été déjà mis en lumière à l'époque. Cf. M. Gazier, "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", *Revue du droit public* 1954, p.669.

³⁸⁴ Selon l'expression de B. Pacteau, "Paradoxes et périls du principe de l'effet non suspensif de l'appel en contentieux administratif", in *Mélanges R. Chapus*, p.493 s.

³⁸⁵ *Ibid*, p.499, où M. Pacteau cite Boitard : "Puisque la cause entière est remise en question, puisqu'on vient débattre *ab integro* devant le tribunal ou devant la cour d'appel la demande sur laquelle ont statué les premiers juges, il serait peu logique, et en général peu prudent, de poursuivre l'exécution d'une sentence dont la validité est mise en doute".

³⁸⁶ Cette compétence est d'autant plus grande en matière d'excès de pouvoir depuis le 1er octobre 1995, date à partir de laquelle, en vertu de la loi du 8 février 1995, elles peuvent connaître de litiges relatifs à d'actes réglementaires.

³⁸⁷ R. Drago, "Les Cours administratives d'appel", *Revue française de droit administratif* 1988, p.196 s., notamment p. 202.

³⁸⁸ Voir notamment G. Weill, "Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratifs", *Etudes et documents du Conseil d'État*, 1957, p.136.

qualifier de fautive, car attentant à l'obligation d'exécution immédiate³⁸⁹. Elle semble aujourd'hui constituer un phénomène d'une ampleur non négligeable, puisque le Rapport du Conseil d'État déjà évoqué estime que "de nombreux cas d'inexécution ou d'exécution tardive des jugements des tribunaux administratifs proviennent de la volonté affichée par l'administration d'attendre le résultat de l'appel qu'elle a formé"³⁹⁰; et cette abstention d'exécuter la chose jugée en premier ressort paraît surtout intéresser les annulations pour excès de pouvoir³⁹¹.

b-2) Une pratique "encouragée" par certaines solutions jurisprudentielles

Si le Conseil d'État, comme nous venons de le souligner, reconnaît que l'administration commet une faute lorsqu'elle se comporte de la sorte, il ne semble pas en revanche souhaiter sanctionner celle-ci : s'abritant souvent derrière le jeu restrictif de certains principes, quelques solutions jurisprudentielles font que cet attentisme -si blâmable qu'il paraisse dans l'absolu- sera fréquemment purement et simplement absous après coup. Etudions donc les trois manifestations de cette pusillanimité, qui "encourage" l'autorité condamnée à s'abstenir d'exécuter en pariant sur une victoire finale.

* Le défaut d'exécution des jugements de premier ressort n'est pas sanctionné de bonne grâce

Le panorama des solutions incitant l'administration à tabler sur une victoire en appel pour se dispenser d'exécuter un jugement d'annulation s'ouvre sur une tendance manifestée par le Conseil d'État en tant que juge des demandes d'astreintes. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1980, la Haute juridiction peut, par ce biais, sanctionner tout retard ou refus dans l'exécution de la chose jugée (article 4 al.1 de la loi), quand bien même celle-ci reste susceptible d'infirmité en appel³⁹². Mais, c'est bien connu, le Conseil d'État se montre assez rétif quant à l'emploi effectif de ce procédé³⁹³. Sa réserve se concrétise, dans l'hypothèse qui nous intéresse, par l'attitude qui consiste à attendre presque systématiquement l'issue de l'appel avant de se prononcer sur la demande d'astreinte. Ainsi, lorsque l'instance aboutit à l'infirmité du jugement dont l'exécution était sollicitée, il s'autorise à rejeter la requête en astreinte, considérant celle-ci dépourvue d'objet³⁹⁴. Cette politique jurisprudentielle³⁹⁵ méconnaît totalement une des finalités de l'astreinte, qui est d'accélérer l'exécution des jugements, même non définitifs ; elle est également de nature à conforter l'administration, qui se sait à l'abri de tout prononcé d'astreinte avant l'aboutissement de l'appel, dans l'attente passive de l'issue de celui-ci. La Haute juridiction se contente, en ne prononçant pas un non-lieu à statuer mais un rejet au fond, de montrer qu'elle n'oublie pas que l'attitude de l'administration aurait pu bel et bien, avant le renversement en appel du jugement qu'elle n'a pas exécuté, justifier l'astreinte. Ce

³⁸⁹ Voir, outre l'arrêt Curdel précité, C.E., 13/07/1966, Préfet de police c/ Dame Ximay, p.1023.

³⁹⁰ Rapport précité, p.489.

³⁹¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°928-1.

³⁹² Voir l'arrêt Dame Bastien précité.

³⁹³ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

³⁹⁴ C.E., 27/11/1985, Gindre, p.738 ; *Dalloz* 1986, Som. com., p.149, obs. F Llorens ; et, pour un exemple récent, C.E., 10/06/1991, Bonte, req. n°73157, inédit.

³⁹⁵ Seul l'arrêt d'avril 1993 Dame Bastien (arrêt précité) a prononcé une astreinte sans attendre le résultat de l'appel interjeté par l'administration. Mais il s'agit plutôt d'une exception qui confirme la règle, dans la mesure où il apparaissait très clairement en l'espèce que la voie de recours n'avait été empruntée qu'à des fins purement dilatoires et n'avait aucune chance d'aboutir (voir conclusions D. Kessler précitées, *Revue française de droit administratif* 1994, p.59). Pour peu que l'administration s'y prenne un peu plus adroitement et que son appel soit susceptible de succès, le Conseil d'État s'en tiendra sans aucun doute à la lignée des solutions traditionnelles.

type de "censure doctrinale", bien que totalement inefficace, paraît avoir ici la préférence du juge, comme nous l'enseigne le deuxième type de solutions relevées.

* Le dommage qui en résulte n'est pas toujours réparable

Le raisonnement que nous allons maintenant présenter est de nature à inciter l'administration à opter systématiquement pour l'immobilisme. Selon une jurisprudence constante en effet, le fait de s'abstenir d'exécuter n'est considéré comme constituant une cause de préjudice que si le jugement dont l'exécution a été différée est confirmé en appel ; dans le cas contraire, la demande de réparation sera rejetée pour défaut de préjudice indemnisable. Cette solution, déjà adoptée par quelques arrêts relativement anciens³⁹⁶, a été confirmée en 1983, en matière d'excès de pouvoir, par l'arrêt *Ministre de l'intérieur c/ Dridi*³⁹⁷ : l'intéressé, ressortissant Tunisien, qui avait été expulsé du territoire national, avait obtenu l'annulation de cette mesure par un tribunal administratif. Désirant en conséquence revenir en France, il en avait été empêché par décision du ministre de l'intérieur. S'estimant victime d'une violation de la chose jugée, M. Dridi réclamait donc des dommages-intérêts en réparation des pertes de salaires que lui avait occasionnées cette mesure de refoulement, réparation que lui accorda le tribunal de premier ressort. Saisi en appel, le Conseil d'État devait, à son tour, reconnaître le caractère fautif de l'attitude du ministre au regard de la chose jugée. Mais il ne confirma pas pour autant l'allocation de dommages-intérêts à la victime de cette faute. En effet, le jugement qui avait annulé l'expulsion s'était trouvé entre-temps infirmé en appel, ce qui rétablissait la pleine légalité de cette mesure. Le Conseil d'État a donc estimé que l'abstention fautive d'exécution du premier jugement "n'a pu porter atteinte à un droit définitivement acquis", puisque M. Dridi est désormais censé n'avoir pas obtenu un droit de retour en France, et que "l'intéressé ne justifie, dans ces conditions, d'aucun préjudice susceptible de lui ouvrir droit à indemnité". Cette simple reconnaissance de la faute, dépourvue de toute sanction, constitue une incitation réelle pour l'administration à ne pas exécuter un jugement qu'elle espère voir désavouer en appel, cet attentisme devenant pour elle "moins un risque qu'un pari"³⁹⁸. Pire, une solution plus récente n'a même pas estimé devoir condamner, ne serait-ce que moralement, la violation de la chose jugée non définitive.

* Une tendance à minimiser la violation de la chose "provisoirement" jugée

La logique qui a prévalu lors de l'adoption de la solution "*Ministre de la défense c/ M. Leprevost*"³⁹⁹ peut conforter l'administration dans la tentation de l'inexécution des annulations provisoires : l'intéressé, qui avait obtenu l'annulation au fond d'une première décision d'une commission régionale du service national lui refusant une dispense, s'était heurté à un nouveau refus fondé sur les mêmes motifs ; il obtint donc tout naturellement la censure de cette seconde décision par le tribunal administratif. Mais, quelque temps après, le Conseil d'État, en appel du premier jugement, infirma celui-ci, "justifiant" ainsi, rétroactivement, l'opiniâtreté de la commission régionale. Fallait-il pour autant, à l'occasion de l'appel interjeté contre le second jugement, négliger totalement l'atteinte à la chose jugée en premier ressort, moyen que soulevait d'ailleurs M. Leprevost ? Le commissaire du gouvernement ne le pensait pas qui, s'il repoussait la solution trop radicale consistant à annuler le refus contesté pour méconnaissance du jugement

³⁹⁶ C.E., 26/11/1952, Klein, p.532 (refus de l'administration de prêter main forte à l'exécution d'un jugement) ; C.E., 27/01/1960, *Ministre de la Reconstruction c/ Dame Lannoy*, p.63 (refus de l'administration condamnée à verser une somme d'argent). A noter que l'arrêt Anisset, déjà évoqué, adoptait lui aussi ce raisonnement.

³⁹⁷ C.E., 27/09/1983, p.861 ; *La Revue administrative* 1984, p.48, note B. Pacteau.

³⁹⁸ *Ibid.*, p.49.

³⁹⁹ C.E., 22/06/1990, *Revue française de droit administratif* 1991, p.835, conclusions R. Abraham.

rétroactivement disparu, ne souhaitait pas non plus que le Conseil d'État avalise l'attitude de la commission en écartant expressément ce moyen ; il préférerait la solution intermédiaire du non lieu à statuer, la survenance de la décision du Conseil d'État ayant, selon lui, privé le litige relatif au second refus de tout intérêt. Il ne fut pas suivi par la Haute juridiction, dont l'arrêt repoussa explicitement, en vertu de l'infirmité en appel, toute idée de violation de chose jugée en première instance.

A la lecture de l'arrêt, on est frappé par l'indifférence affichée par le Conseil d'État quant à l'attitude de la commission régionale. La reconnaissance de la faute dans la jurisprudence Dridi, si elle n'entraînait, de par son caractère purement platonique, aucun avantage matériel pour le requérant, avait au moins le mérite de marquer une certaine désapprobation à l'égard de l'inexécution de la décision des premiers juges. Ici, pas la moindre connotation de reproche ; et cette absence se fait d'autant plus cruellement ressentir qu'il ne s'agit plus d'un simple attentisme de l'administration dans l'espoir d'un résultat favorable de l'appel, mais bien d'une bravade contre l'autorité du jugement de premier ressort, la commission ayant statué comme si celui-ci n'était jamais intervenu. M. Abraham avait pourtant mis en garde la Haute juridiction contre cette "politique jurisprudentielle" qui "aboutirait à absoudre expressément -l'administration- de son attitude ayant consisté à refuser outrageusement de s'incliner devant la chose jugée par le tribunal", avec tout l'encouragement à ne pas respecter l'effet suspensif de l'appel que cela induit⁴⁰⁰.

b-3) Une pratique qui dénote l'inadaptation des moyens institués

Bien que l'immobilisme de l'administration qui vient d'être décrit soit parfois compréhensible eu égard aux difficultés qui naissent du jeu complexe d'annulations contraires et successives, il n'en demeure pas moins qu'agissant de la sorte, elle crée "une discordance grave entre les principes et la réalité, qui justifierait l'intervention de mesures appropriées"⁴⁰¹. Or, ces dernières ne passent pas simplement par la répression du phénomène, même si les différentes jurisprudences laxistes dont nous avons dressé le tableau méritent toutes d'être reconsidérées⁴⁰². Elles semblent plutôt devoir prendre la forme d'un aménagement du principe

⁴⁰⁰ Conclusions précitées, p.837.

On peut noter ici que cet "encouragement" n'est pas le seul fait du juge administratif, mais transparait également dans certaines décisions de l'ordre judiciaire : ainsi, par exemple, en matière de licenciement de salariés protégés, dans le cas où l'inexécution d'un jugement de tribunal administratif (annulant l'autorisation d'y procéder) constitue une infraction, la Cour de cassation considère que l'annulation de ce jugement par le Conseil d'État enlève toute base légale aux poursuites (Ch. Mixte, 3/12/1982, *Bull. civ.*, n°5 et 6).

De même, certaines dispositions législatives récentes pourraient bien accroître la tentation de l'administration de multiplier les appels dilatoires, destinés à reporter l'exécution du jugement. C'était la crainte émise par le député M. Porcher dans son rapport sur le projet de loi ayant abouti à la loi du 8 février 1995 (Doc. A.N., n°1427, t.2, p.110) concernant la disposition qui confie à la juridiction d'appel l'exécution d'un jugement de première instance contre lequel un appel a été interjeté (sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I). Si ce danger est bien réel, il semblait difficile de retenir une autre solution, sauf à risquer de superposer plusieurs procédures d'exécution préjudiciables au justiciable, ou bien, si le suivi d'exécution avait été confié aux seuls tribunaux administratifs indépendamment de l'évolution ultérieure du litige, à supprimer l'autorité des autres juges sur leurs propres décisions.

⁴⁰¹ G. Braibant, *Etudes et documents du Conseil d'État 1961*, art. cit., p.56.

⁴⁰² - On songe tout d'abord à un changement d'attitude du Conseil d'État dont les condamnations morales de la violation de la chose jugée non définitive devraient être plus systématiques, et s'accompagner d'une remise en cause totale de la politique qui est la sienne en matière d'astreintes prononçables à cet égard.

d'absence d'effet suspensif des voies de recours. Deux procédés sont alors concevables, mais il semble que le second doive avoir la préférence :

- le premier d'entre eux consisterait à multiplier les cas de voies de recours dotées d'effet suspensif, voire à renverser purement et simplement la règle classique, ce qui obvierrait aux inconvénients de la légalité à éclipse. Pareille évolution est-elle souhaitable ? La question, depuis longtemps posée, a presque toujours reçu une réponse négative, au motif qu'une telle solution "porterait atteinte au prestige des tribunaux administratifs" et donnerait à l'administration "la tentation de multiplier les appels abusifs et purement dilatoires"⁴⁰³. S'agissant du premier point, on peut en effet admettre que "la présomption de conformité au droit dont bénéficie l'administration doit pour le moins céder dès lors que les juges ont constaté l'irrégularité de son action"⁴⁰⁴, ce qui sous-entend que les annulations prononcées par ces derniers méritent qu'on leur confère un caractère immédiatement exécutoire, nonobstant appel ; quant au second, on conçoit facilement quelle régression constituerait l'abandon d'une règle du contentieux administratif qui, une fois n'est pas coutume, protège plus souvent les administrés que la puissance publique. Ces arguments ont été repris par le Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions de justice, afin d'écartier tout désir de bouleverser cette construction traditionnelle, soulignant "qu'il serait curieux (...) de voir la juridiction administrative revenir sur l'un de ses principes essentiels alors que, dans le même temps, la juridiction judiciaire s'efforce de pallier, par le développement de l'exécution provisoire, les effets du caractère suspensif de l'appel qui est de principe en procédure civile"⁴⁰⁵. Le Rapport insiste également sur le caractère malsain du schéma qui consisterait à ce qu'une pratique contraire au droit existant impose à celui-ci de s'adapter à elle, et non l'inverse⁴⁰⁶. Réduire l'effectivité des décisions susceptibles d'infirmer ne semble pas une meilleure solution pour la même raison : l'étendue de l'obligation d'exécution, pas plus que le principe de l'effet non suspensif des voies de recours, ne doit être relativisée pour avaliser une attitude illégale.

- il ne faut donc pas chercher la réponse au problème étudié dans ces solutions extrêmes. On peut dès lors envisager un remède qui, pour sembler plus doux, n'en sera pas moins efficace car plus réalisable ; il s'agit du renforcement du moyen légal qui permet à l'administration de différer l'exécution d'un jugement qui la condamne. On a très tôt compris l'intérêt de développer ce mécanisme afin qu'il se substitue aux "sursis de fait décidés arbitrairement par

- On pense ensuite à une reconsidération des conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration qui se dispense d'exécuter les jugements qu'elle conteste en appel : le tribunal administratif qui s'était prononcé dans l'affaire Dridi avait parfaitement senti cette nécessité, puisqu'il s'était efforcé de trouver, dans l'attitude du ministre, de quoi fonder la condamnation de celui-ci au versement de dommages-intérêts (note Pacteau précitée, p.50). Il n'existe en outre guère d'obstacle théorique à revenir sur cette jurisprudence contestable. L'application logique des principes qui semblent a priori commander le raisonnement suivi dans l'arrêt Dridi permet en effet d'aboutir à une solution moins paradoxale. Tout se passe comme si la rétroactivité de l'appel n'était pas suffisamment forte pour effacer la faute, mais parvenait à anéantir tout préjudice. Or, de deux choses l'une : ou bien l'on fait une totale application de cette rétroactivité de l'appel, et l'on estime que l'administration ne s'est jamais placée en position fautive ; ou bien l'on écarte totalement cette règle, et l'on s'autorise à sanctionner efficacement l'immobilisme abusif de l'autorité chargée d'exécuter le jugement initial. Cette dernière voie paraît être la plus adaptée à la prise en compte et à la condamnation de ce qui s'est réellement passé.

⁴⁰³ G. Braibant, "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1961, art. cit.. Voir cependant, présentant l'effet non suspensif de l'appel comme une "anomalie procédurale", note Jeanneau sous C.E., 20/11/1959 Jaouen et 23/12/1959, Gliksman, *Dalloz* 1961, p.256.

⁴⁰⁴ Pacteau, art. cit., p.501.

⁴⁰⁵ "Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions des juridictions administratives", *Revue française de droit administratif* 1990, pp.481 s. et plus particulièrement p.493.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

l'administration"⁴⁰⁷. C'est la raison pour laquelle l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 avait tenté d'en assouplir les conditions d'octroi dans deux hypothèses. La première, qui concerne le contentieux des droits, ne nous intéresse pas au premier chef ; la seconde a trait à l'excès de pouvoir : en vertu de cette dernière, l'administration appelante dispose d'un régime préférentiel, puisqu'elle peut obtenir le sursis à exécution d'un jugement prononçant une annulation dès lors que les moyens qu'elle invoque "paraissent en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement". La condition tenant aux conséquences du jugement⁴⁰⁸ n'est donc ici plus exigée. Cette disposition va incontestablement dans le bon sens pour contrecarrer l'attentisme de l'administration⁴⁰⁹. On a vu cependant qu'elle n'a pas suffi, loin s'en faut, à faire disparaître cette attitude. Quelle en est la cause ? Le Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions de justice met l'accent sur l'encombrement de la juridiction d'appel qui ne permet pas toujours un traitement rapide de la demande de sursis, ce qui pousse l'administration à préférer s'abstenir d'elle-même d'exécuter, plutôt que de le solliciter ou d'attendre l'issue de la demande formulée en ce sens⁴¹⁰. Il n'est pas défendu de penser que l'administration répugne également à recourir à ce procédé parce qu'elle sait que le rejet de sa demande de sursis créerait à son encontre un préjugé défavorable⁴¹¹. Il faut donc espérer que les efforts qui sont actuellement enregistrés pour l'accélération des procédures et des instances⁴¹² changeront progressivement les mauvaises habitudes qui perdurent depuis de trop nombreuses années, ce qui pourrait d'ailleurs être encouragé par l'adoption de mesures destinées à dissuader la pratique *contra legem* de l'attentisme administratif⁴¹³.

3 - Les conséquences du maintien de l'acte

Dans les hypothèses où, par exception, l'appel revêt -licitement ou non- un effet suspensif, aucun fait irréversible ne peut venir contrarier la pleine exécution de l'arrêt qui vient clôturer la procédure en infirmant la solution initiale, ce qui n'est pas toujours le cas, on l'a vu, lorsque la solution du jugement de premier ressort a été concrètement appliquée. Si les juges de première instance ont prononcé une annulation, rien ne s'oppose dès lors au rétablissement intégral - on devrait plutôt parler de "réhabilitation" - de l'acte qu'elle frappait : tout se passe comme si celui-ci n'avait jamais fait, même provisoirement, l'objet d'une censure juridictionnelle, puisque le juge de dernier ressort a rétroactivement dénié à sa censure non plus seulement son autorité, mais également toute effectivité.

⁴⁰⁷ Selon l'expression de G. Braibant, *art. cit.*, p.56.

⁴⁰⁸ Voir *supra*.

⁴⁰⁹ Il faut d'ailleurs souhaiter son extension aux Cours administratives d'appel, dont la compétence en matière d'excès de pouvoir devient de plus en plus effective.

⁴¹⁰ Rapport précité, p.493. Sur le problème de la lenteur de la juridiction administrative, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

⁴¹¹ Voir en ce sens L. Philip, "Le sursis à exécution des décisions des juridictions administratives", *Daloz* 1965, chron., p.219.

⁴¹² Sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

⁴¹³ On pense notamment à la possibilité de transposer dans la procédure contentieuse administrative -en l'y adaptant, bien évidemment- le dispositif prévu par l'article 1009-1 du code de procédure civile permettant au défendeur sur un pourvoi en cassation d'obtenir "le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi".

L'infirmité d'un jugement d'annulation constitue donc une situation intéressante en ce qu'elle conduit en règle générale tantôt à la résurrection, tantôt à la confortation de l'acte administratif qui faisait l'objet de la censure. Quoique non définitive, l'annulation prononcée constitue une annulation à part entière ; son renversement montre que l'acte ainsi censuré peut sortir indemne de ce traitement juridictionnel.

Les mécanismes de l'annulation partielle et de l'infirmité juridictionnelle d'une annulation nous ont montré que l'acte censuré ne disparaît pas systématiquement de l'ordre juridique. Mais la relativité de l'équation traditionnelle qui assimile annulation et annihilation se renforcera à l'étude du sort de la norme portée par l'acte frappé par un tel jugement.

CHAPITRE 2. LA NORME CONTENUE DANS L'ACTE ANNULÉ SURVIT PARFOIS A LA CENSURE DE SON SUPPORT

L'acte n'est plus, ici, pris en considération en tant que tel, mais simplement comme une modification de l'ordonnement juridique dans un sens donné, à une date déterminée. Peu importe donc le contenant ; seul nous intéresse le contenu ou, pour reprendre les termes de la doctrine classique, le *negotium* de la décision frappée des foudres de la juridiction administrative. On peut aisément concevoir que l'annulation n'aura, dans cette perspective, d'effet réellement annihilant que dans deux hypothèses : celle où l'acte censuré n'est pas remplacé par l'autorité habilitée à ce faire ; et celle où il l'est, mais dans un sens totalement différent de celui de l'acte initial. A l'inverse, si l'administration détient et met à profit, à la suite d'une annulation, le pouvoir - voire l'obligation - de remplacer sa décision censurée en lui conférant une portée sinon similaire, du moins voisine, le jugement n'aura pas, au regard de l'ordre juridique, présenté le caractère destructif qu'on lui prête traditionnellement. Et plus l'acte nouveau se rapprochera, de par son contenu, de l'acte annulé, moins l'annulation de ce dernier sera palpable, a fortiori si ce nouvel acte est revêtu d'une portée rétroactive : on peut même imaginer un réel mimétisme entre les deux décisions dans la mesure où leur contenu serait semblable, et où l'acte nouveau prendrait effet à la date d'entrée en vigueur de l'acte annulé.

Il convient dès lors de s'intéresser successivement aux facteurs qui commandent cette inhibition de la censure juridictionnelle par la réédiction de l'acte. Deux questions se posent à cet égard : dans quel cas y aura-t-il remplacement de la norme annulée ? ; jusqu'à quel point la norme de substitution peut-elle se rapprocher de la norme annulée ?

SECTION 1. LES DIFFÉRENTES HYPOTHÈSES DE REMPLACEMENT DE LA NORME

L'autorité compétente peut fréquemment être amenée, de par sa volonté propre ou du fait d'une obligation juridique qui pèse sur elle, à prendre un nouvel acte consécutivement à l'annulation d'une mesure antérieurement édictée. Parallèlement, il existe des hypothèses où cette substitution n'exige même aucune intervention positive de sa part. Au regard de l'ordonnement juridique, l'annulation sera, dans chacun de ces cas de figure, beaucoup plus "indolore" que ne le laisse présager la conception classique de ses effets : elle ne provoquera pas la brèche qu'occasionnerait une disparition irrévocable de la mesure censurée. Afin d'appréhender au mieux cette réalité, le clivage proposé par R. Chapus dans son manuel consacré au *Droit du contentieux administratif*⁴¹⁴ apparaît difficilement contournable ; aussi nous autorisons nous à en emprunter la structure dans le cadre de la présente section.

⁴¹⁴ *Op. cit.*, n°893 s.

Paragraphe 1. Le remplacement facultatif

Quelquefois, rien ne contraint l'administration à reprendre une décision à la suite de la censure juridictionnelle de celle qu'elle avait initialement édictée, dans la mesure où la disparition de l'acte annulé n'a créé aucun vide juridique⁴¹⁵. Deux cas de figure se distinguent nettement.

I - L'administration s'abstient d'édicter des mesures de remplacement

Tantôt l'autorité compétente décide de ne pas substituer à la décision annulée un nouvel acte, tantôt elle n'a plus le loisir de le faire.

A. La volonté de ne pas remplacer l'acte annulé

1 - Ce cas de figure se rencontre principalement en matière réglementaire, notamment lorsque l'administration a agi de manière initiale et discrétionnaire : celle-ci n'étant pas tenue, en principe, de refaire un règlement annulé par le juge de l'excès de pouvoir⁴¹⁶, la seule portée du jugement consistera à rendre le secteur d'activité à la libre initiative des particuliers⁴¹⁷.

2 - Plus rare en matière d'actes individuels, cette situation n'y est pourtant pas inconnue. On peut évoquer par exemple l'octroi d'une autorisation ou le prononcé d'une sanction que n'imposait pas la réglementation applicable⁴¹⁸. Dans de telles hypothèses, la seule obligation incombant à l'administration sera d'effacer l'acte, ce qui suppose parfois une mesure matérielle⁴¹⁹ ; mais nulle nécessité pour elle d'édicter une nouvelle norme destinée à prendre la place de celle dont le juge a décidé la chute.

B. L'impossibilité de remplacer l'acte annulé

Ce cas de figure présente un caractère plus exceptionnel. On peut dissocier deux situations :

1 - Dans la première, cette impossibilité est imputable à la lenteur qui a caractérisé l'intervention du juge. Il en va ainsi lorsque l'annulation porte sur une opération déterminée qui a déjà été menée à terme. En vue d'illustrer cette éventualité, on peut s'appuyer -au hasard- sur la censure d'élections prononcée alors que le mandat des personnes élues est déjà expiré⁴²⁰, ou

⁴¹⁵ Nous ne nous pencherons pas ici sur les problèmes que suscite la remise en vigueur des textes antérieurs, problèmes très spécifiques qui seront envisagés plus loin (Paragraphe 3).

⁴¹⁶ C.E., 13/11/1953, Dlle Clair et autres, p.488.

⁴¹⁷ Voir par exemple C.E., 13/01/1975, Da Silva et C.F.D.T., p.16 : l'annulation de certaines dispositions d'une circulaire des ministres de l'Intérieur et du Travail posant des conditions restrictives à l'entrée des travailleurs étrangers en France a pour conséquence d'en dispenser désormais ceux qui nourrissent ce projet.

⁴¹⁸ De même, l'annulation de l'expulsion d'un étranger n'entraînera pas forcément la prise d'une mesure positive de remplacement.

⁴¹⁹ La suppression d'un blâme, par exemple.

⁴²⁰ Voir par exemple C.E., 13/10/1989, Le Duff, req. n° 34825, cité par J. Georgel (*art. cit.*) : annulation des élections universitaires tenues à Caen huit ans plus tôt, alors que la durée du mandat des élus était de trois ans.

sur l'annulation d'un arrêté préfectoral qui fixait, pour une année révolue, les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse⁴²¹.

2 - La seconde est le fait d'un changement de circonstances, qui interdit désormais toute reprise de l'acte annulé : c'est le cas, en particulier, lorsque la réédiction d'une sanction illégale frappant un fonctionnaire est rendue impossible par le simple fait que l'intéressé, ayant atteint la limite d'âge, a été mis entre temps à la retraite⁴²².

Toutes les hypothèses qui précèdent se fondent à merveille dans le moule des effets classiquement dévolus à l'annulation, puisque l'acte qu'elle atteint est irrémédiablement anéanti. Mais la pratique démontre le caractère exceptionnel des cas dans lesquels l'administration ne peut ou ne veut réédicter une mesure dont le juge a condamné l'illégalité.

II - L'administration décide d'édicter des mesures de remplacement

Une autorité peut désirer, à la suite de la censure juridictionnelle de l'une de ses décisions, édicter un nouvel acte qui aille peu ou prou dans le même sens que les dispositions annulées. Il n'existe aucun obstacle à ce qu'elle agisse de la sorte, à condition bien sûr qu'elle se conforme à la chose jugée⁴²³. L'autorité absolue d'un jugement d'annulation s'oppose certes en principe à ce que soit prise une décision identique à un acte précédemment annulé⁴²⁴, mais cette règle connaît deux tempéraments :

A. La transformation de l'acte annulé

Il arrive que l'autorité compétente, conformément aux prescriptions d'un jugement, réédicte un acte en changeant quelque peu le teneur, de manière à le débarrasser de l'anomalie qui avait conduit au prononcé d'annulation. L'arrêt *Gadiaga et autres*⁴²⁵ nous en fournit une excellente illustration : un arrêté municipal de police ayant été annulé par le tribunal administratif de Strasbourg au motif que son champ d'application géographique était trop étendu, le maire a pu légalement prendre un nouvel arrêté qui intéressait une zone nettement plus restreinte. L'adaptation de la décision, à la lumière des considérants du jugement et après un nouvel examen des circonstances, a préservé celle-ci de l'illégalité qui affectait celle qu'elle remplace.

⁴²¹ C.E., 22/06/1990, Rassemblement des opposants à la chasse, req. n°95419, inédit.

⁴²² C.E., S., 6/06/1952, Sieur Pourcher, p.297, conclusions F. Gazier.

⁴²³ L'administration ne pourrait redécider en se fondant sur le motif même qui a provoqué l'annulation de la première décision sans encourir à nouveau la censure.

Voir par exemple C.E., 25/05/1988 Commune de Genissac (cité par J. Geogel, *art. cit.*) : annulation d'un P.O.S. identique à celui qui avait été antérieurement censuré au fond.

⁴²⁴ C.E., 18/03/1983, Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ S.C.I. La résidence du Parc, p.126 ; *La semaine juridique* 1985, p.20440, note B. Noyer : un préfet ne saurait retirer un permis tacite acquis au profit du requérant pour motif identique à celui qui a conduit à l'annulation d'un refus antérieur.

Cette règle vaut pour les mêmes erreurs tant de droit (C.E., 5/01/1979, Ville de Mâcon, p.609) que de fait (C.E., 26/10/1976, Barabier, p.445).

⁴²⁵ C.E., S., 25/01/1980, p.44, conclusions M. Rougevin-Baville ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.307, chronique Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *Dalloz* 1980, p.270, note G. Peiser.

B. La réédiction de l'acte annulé corrigé de ses vices

Le juge ne va pas censurer systématiquement une décision matériellement identique à celle dont l'illégalité a été par lui reconnue. Le mimétisme entre les anciennes et les nouvelles mesures ne peut être en effet qu'apparent, l'illégalité sanctionnée ayant été d'une manière ou d'une autre gommée. Deux situations sont à dissocier :

1 - Correction d'une illégalité externe

On pense évidemment en premier lieu à l'hypothèse dans laquelle avait été censurée une illégalité externe, et où l'administration édicte un acte que n'affecte plus le même vice⁴²⁶. C'est effectivement le cas le plus fréquent de correction ultérieure d'une décision annulée n'ayant aucune incidence sur le fond de celle-ci⁴²⁷. Malgré l'intervention du juge, le contenu matériel de l'acte ne varie pas ; l'annulation est à cet égard sans effet, à terme, sur l'ordre juridique.

2 - Correction d'une illégalité interne

On peut également assister dans certains cas à la réédiction à l'identique d'une mesure qui avait été annulée au fond par le juge de l'excès de pouvoir. Plusieurs éventualités se distinguent :

a) Un changement de circonstances de fait⁴²⁸ ou de droit⁴²⁹ peut transformer une démarche illégale en un comportement tout à fait licite, et permettre en conséquence une pareille réédiction⁴³⁰. Il va sans dire que la nouvelle décision, bien qu'en apparence similaire à celle qui a été censurée, s'analyse comme une mesure juridiquement différente, car prise sur la base de données qui n'existaient pas lors de l'édition initiale. Ce raisonnement a parfois soulevé quelques difficultés, dans la mesure où l'administration peut être tentée de modifier le droit applicable afin de valider par avance la réédiction d'un acte auquel elle tient particulièrement,

⁴²⁶ * Par ex. : C.E., 5/01/1973, Dame Gueydan, p.9 : le refus de réintégrer un fonctionnaire dans le corps de son choix ayant été annulé pour vice de procédure, l'administration peut réitérer son refus en palliant les insuffisances de sa première décision.

De même est-il possible pour l'administration de reprendre une décision qui avait été annulée pour défaut de motivation, sous réserve d'en communiquer cette fois les motifs à l'intéressé : C.E., 26/06/1987, F.A.N.E. c/ Ministre de l'Intérieur, p.235 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.679.

Pour un exemple récent de correction d'un vice de procédure, Cf. C.E., 26/10/1994, Maignant, req. n°101183.

* Le juge judiciaire autorise également ce genre de réédiction : ainsi permet-il à l'expropriant, à la suite de l'annulation de l'ordonnance d'expropriation et du transfert de propriété pour illégalité des opérations de la phase administrative, de procéder à nouveau, mais de manière cette fois régulière, à ces dernières : Cf. C.Cass, Chbre expro., 24/04/1969, Cne de Fouard, *Bull. soc.*, n°295.

⁴²⁷ On peut rapprocher cette correction de l'acte annulé de celle opérée par l'administration en vue d'éviter une annulation contentieuse pour vice de forme : voir sur ce point C.E., 25/07/1985, Mme Dagostini, p.226 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.558, conclusions B. Lasserre.

⁴²⁸ Voir par exemple C.E., S., 13/02/1959, Eilers et Port autonome de Strasbourg, p.109 ; et C.E., 4/10/1972, Leclerc-Charron, p.599.

⁴²⁹ Voir en particulier C.E., S., 10/04/1964, Clinique du Chablais, p.215 ; *Revue du droit public* 1964, p.795, note M. Waline : une autorisation d'ouverture de clinique qui avait été annulée comme fondée sur un motif illégal a pu valablement être réaccordée par le préfet sur la base des mêmes considérations, les conditions à apprécier ayant été entre temps modifiées par décret. Cf. également C.E., 26/11/1982, Khazem, p.697.

⁴³⁰ Cette règle est totalement indépendante de celle qui fonde la jurisprudence Despujol (voir *infra*), malgré ce qu'aient pu en penser certains (Cf. note B. Noyer précitée) : le changement de circonstances n'a pas ici pour effet de rendre l'acte illégal, mais au contraire de permettre son édition ; de surcroît, on ne se situe aucunement dans une logique de disparition de l'acte, mais exclusivement de renaissance de celui-ci.

et que le juge a fait disparaître. Même s'il ne faut pas avoir la hantise du détournement de pouvoir⁴³¹, certains arrêts sont là pour nous démontrer qu'il ne s'agit pas de simples vues de l'esprit. L'affaire la plus connue est celle à laquelle a donné lieu l'éviction de *M. Bréart de Boisanger*⁴³². Ce dernier, qui occupait les fonctions d'administrateur de la Comédie Française, avait attaqué le décret prononçant sa révocation et obtenu l'annulation de celui-ci au motif que seule une faute disciplinaire aurait pu justifier une telle sanction. Afin de pouvoir reprendre le décret annulé, le gouvernement avait alors modifié le droit applicable et transformé le poste occupé par M. Bréart de Boisanger en emploi à sa discrétion. Le Conseil d'État, on s'en doute, a censuré cette manœuvre, qualifiée de détournement de pouvoir, en relevant qu'il résultait "tant de l'ensemble des pièces du dossier que des circonstances dans lesquelles est intervenu, puis a été immédiatement appliqué le décret réglementaire attaqué, que ce dernier (...) - avait - eu pour motif déterminant de permettre au gouvernement de prendre, en application des dispositions nouvelles, deux mesures individuelles de portée pratique semblable à celles des mesures précédemment annulées et de faire ainsi échec à l'autorité de chose jugée". Il apparaît donc que, s'il acquiert la conviction - étayée par des éléments extérieurs à la décision contestée, comme en l'espèce la hâte de l'administration de prendre les décisions individuelles sur le fondement du nouveau texte - que le changement de droit applicable a eu pour motif déterminant, sinon exclusif, la volonté d'échapper aux conséquences d'un jugement, le juge censurera à la fois la réglementation nouvelle et les mesures prises sur sa base⁴³³.

b) En dehors de tout changement dans les circonstances de droit ou de fait, une correction des motifs ou du but de l'acte dont le vice avait entraîné l'annulation peut conduire à une valable réédiction de celui-ci, sans pour autant que son contenu matériel ne s'en trouve affecté de quelque manière que ce soit. Il apparaît ainsi que l'autorité des jugements d'annulation n'est absolue qu'au regard de ce qui constitue la substance même de la décision juridictionnelle, à savoir son dispositif et les motifs qui en constituent le fondement nécessaire⁴³⁴ : il est parfaitement loisible à l'administration de reprendre l'acte du moment que cela ne heurte pas ce raisonnement⁴³⁵. Les exemples d'actes matériellement identiques repris par l'administration suite à une correction de ses motifs illégaux sont assez nombreux⁴³⁶. Il est cependant à noter que le juge veille à ce que l'administration n'invoque pas de façon fallacieuse un fondement nouveau ; il exige que ce dernier soit réel et sanctionnera toute fausse correction de l'acte annulé⁴³⁷.

⁴³¹ Pour reprendre la formule de M. Waline, *Dalloz périodique* 1938, 3, p.34 (note sous C.E., S., 16/10/1936, Bony).

⁴³² C.E., 13/07/1962, p.484 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1962, p.548.

⁴³³ Comme ce fut le cas dans l'espèce sus-décrite.

⁴³⁴ Jurisprudence constante depuis l'arrêt C.E., 26/07/1912, Chemins de fer d'Orléans et du Midi, p.889, conclusions Riboulet.

⁴³⁵ D'ailleurs le juge lui aussi ne s'estime tenu que par ce seul raisonnement, comme nous l'enseigne l'arrêt de Section Commune de Criqueboeuf (C.E., S., 13/07/1979, p.321 ; *Gazette du Palais* 1980, 1, p.9, conclusions A. Bacquet) : un tribunal administratif avait annulé un refus d'autoriser l'ouverture d'un camping au motif que l'intéressé était titulaire d'une autorisation implicite. Saisi d'un recours contre cette dernière, le Conseil d'État a considéré que l'autorité de chose jugée par le tribunal, ne s'attachant qu'à l'existence de l'autorisation attaquée et non à sa régularité, n'empêchait pas l'annulation de celle-ci en raison de l'illégalité de la procédure ayant présidé à son élaboration.

⁴³⁶ Voir par exemple C.E., 24/03/1971, Sieur Garry, p.1158 : l'octroi d'une autorisation de création d'une officine pharmaceutique par dérogation, en application de l'article 571 du Code de la Santé Publique, ne méconnaissait pas l'autorité de chose jugée d'un arrêt du Conseil d'État annulant l'autorisation d'ouverture accordée sur le fondement de l'article 570 dudit code.

Pour un cas similaire, C.E., 2/11/1988, Maurice, p.591.

Voir également, en matière de permis de construire : C.E., S., 29/01/1971, S.C.I. La Charmille de Monsoult ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.234, conclusions M. Gentot.

⁴³⁷ Voir notamment C.E., S., 28/11/1949, Société des automobiles Berliet, p.579 ; *Dalloz* 1949, p.382, note P. Weil ; et C.E., 15/10/1954, Roussel, p.534.

Une censure juridictionnelle peut donc, en fin de compte, n'occasionner que peu de perturbations à l'égard de l'ordre juridique, pour peu que l'administration décide de remplacer l'acte irrégulier par une décision matériellement proche, voire analogue. Qui plus est, cette possibilité se métamorphose parfois en véritable compétence liée.

Paragraphe 2. Le remplacement obligatoire

Il ne pèse à la charge de l'administration d'obligation de prendre un acte en remplacement d'une de ces décisions annulées que lorsque la censure opérée par le juge a entraîné une lacune dans l'ordonnancement juridique. Cette situation se rencontre dans trois séries d'hypothèses :

I - Lorsqu'une loi ou une réglementation imposait à l'administration la prise de l'acte litigieux

Il peut arriver qu'une autorité, bien qu'agissant dans le cadre d'une compétence liée, voie sa décision annulée par le juge de l'excès de pouvoir, et ce malgré la théorie des moyens inopérants⁴³⁸ : c'est l'hypothèse dans laquelle le dispositif de l'acte différait de ce qu'il aurait dû être⁴³⁹. On comprend aisément qu'aucun choix ne s'offre ici à l'administration : elle doit reprendre l'acte après l'avoir purgé de son vice⁴⁴⁰. Le droit de l'urbanisme nous en fournit un exemple récent : l'article 4 de la loi du 13 juillet 1983 portant modification du statut des agglomérations nouvelles rendait obligatoire, avant le 31 décembre 1983, une révision du périmètre d'urbanisation des communes concernées. La délibération du Comité du syndicat communautaire de l'agglomération nouvelle d'Evry (en date du 11 décembre 1983) y procédant ayant été annulée, le Conseil d'État a admis que le gouvernement pouvait, après une nouvelle délibération, prendre, par décret et à une date postérieure à celle du 31 décembre 1983, la décision de révision prévue par la loi⁴⁴¹. On le voit, l'exigence législative est ici tellement forte qu'elle impose la réfection de l'acte annulé - en reprenant

la procédure là où elle avait été interrompue - alors même que le délai prévu à cet effet est expiré⁴⁴².

⁴³⁸ Pour une présentation générale de cette théorie, voir notamment J.-M. Auby, "Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative", *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.5.

⁴³⁹ D'autres hypothèses plus ponctuelles écartent également l'inopérance : ainsi en va-t-il notamment lorsque la décision prise en vertu d'une compétence liée a été abusivement dotée d'un effet rétroactif (C.E., 9/10/1981, Béherec, p.358), et surtout lorsque le moyen se fondait sur une irrégularité externe qui privait le justiciable d'une garantie instituée à son profit (C.E., 9/04/1986, Faugeron, p.674 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.500, 2ième espèce, note D. Chabanol ; *Les petites affiches*, 10 novembre 1986, p.13, note B. Pacteau).

⁴⁴⁰ Par exemple, en matière de réglementation nécessaire à l'application d'une loi, C.E., 23/11/1949, Goulard, p.497.

⁴⁴¹ C.E., 26/02/1988, Commune de Bondoufle ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.433, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

⁴⁴² Il sera à ce propos intéressant d'effectuer un parallèle, comme le font les chroniqueurs ci-dessus cités, avec l'arrêt Z.A.C. de Villarceau dont il sera parlé plus loin, dans lequel l'absence d'une telle loi a entraîné une solution plus restrictive, s'agissant d'un dépassement de délai imputable à la survenance d'une annulation juridictionnelle ;

II - Lorsque l'administration avait agi à la demande d'un administré

De nombreuses décisions administratives interviennent à la suite d'une sollicitation, le cas type étant celui de l'autorisation. Le Conseil d'État a été amené à se prononcer à plusieurs reprises sur les effets de l'annulation d'une autorisation accordée ou d'un refus opposé consécutivement à une demande émanant d'un particulier ou d'une entreprise.

A. Le principe général

Il résulte d'une jurisprudence constante que la décision juridictionnelle "oblige en principe l'autorité administrative à procéder à une nouvelle instruction de la demande dont cette autorité demeure saisie", sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'acte annulé donnait satisfaction à la demande ou la rejetait⁴⁴³. On peut tirer de cette formule plusieurs enseignements : le premier réside dans le fait qu'au cas où la décision annulée se trouvait être un refus, l'annulation de celui-ci ne vaut pas en principe autorisation⁴⁴⁴ ; elle impose seulement une nouvelle instruction de la demande⁴⁴⁵ dans des conditions régulières et conformes à la chose jugée, sans que l'auteur de la demande ait à renouveler celle-ci⁴⁴⁶. Si l'autorité administrative s'abstient de procéder à cette nouvelle instruction, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité⁴⁴⁷, à moins que certaines circonstances ne l'aient autorisée à agir de la sorte⁴⁴⁸.

Il découle de ce qui précède qu'après correction, l'administration peut parfaitement reprendre une décision de contenu similaire à celle qui a été annulée⁴⁴⁹. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a censuré le jugement d'un tribunal administratif qui, pour rejeter sans instruction les conclusions d'une commune tendant à l'annulation d'une décision ministérielle autorisant un tiers à effectuer certains travaux, s'était fondé sur l'annulation par jugement

et pour les leçons à tirer de la jurisprudence Commune de Bondoufle sur la privation d'effet rétroactif d'une annulation, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre II.

⁴⁴³ C.E., S., 7/12/1973, S.C.A. des Nigritelles ; entreprise Fayolles (2 arrêts), pp. 699 et 703 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.81, chron. J. Fourré et M. Boyon et p.85, note B.G.

Cf. également C.E., 19/06/1981, Fraval de Coatparquet, p.283 ; *Droit administratif* 1981, n°219.

⁴⁴⁴ Voir par exemple C.E., 22/01/1988, Mme Bastien, *Revue du droit public* 1988, p.1171 : la chose jugée, si elle impose "l'obligation de procéder à un nouvel examen de la demande" et "de ne pas fonder un éventuel rejet de cette demande sur le motif censuré", n'implique pas la reconnaissance à l'intéressée du bénéfice de l'autorisation qu'elle sollicitait.

⁴⁴⁵ C.E., 15/01/1988, Ministre de l'agriculture c/ époux Bossens, *Droit administratif* 1988, n°90 : "considérant qu'au cas où sa décision est annulée par la juridiction administrative, la Commission départementale (de remembrement) se trouve (...) saisie à nouveau de plein droit de la réclamation en l'état de l'instruction existant au jour de sa première décision et est tenue de procéder à une appréciation nouvelle et complète de cette réclamation". Voir également C.E., 18/02/1994, Syndicat des pharmaciens du Puy-de-Dôme et Conseil régional de l'ordre des pharmaciens, p.89.

Dans certaines hypothèses pourtant, le juge n'exigera de nouvelle instruction qu'en cas de "circonstances nouvelles de droit ou de fait" (Cf. C.E., 26/06/1990, Mme André, p.550 ; et 29/07/1994, Bin Saminan, p.).

⁴⁴⁶ C.E., 19/01/1977, Sté des verreries mécaniques champenoises, p.700.

⁴⁴⁷ C.E., 10/10/1980, ministre de la Santé c/ Union départementale des Sociétés mutualistes du Puy de Dôme, p.843.

⁴⁴⁸ On songe en particulier au cas où le demandeur n'avait pas qualité à solliciter la décision en cause.

⁴⁴⁹ Par exemple, en matière de permis de construire : C.E., 5/04/1991, S.C.I. Moulin Moyen, req. n° 87126, inédit.

antérieur devenu définitif d'une précédente décision du même ministre refusant à ce tiers d'entreprendre lesdits travaux⁴⁵⁰.

B. L'application du principe aux régimes de décisions implicites

La survivance de la demande a créé quelques problèmes du fait de l'existence de régimes de décisions implicites. En effet, dans la mesure où la mise à néant de l'acte annulé - que celui-ci constitue un refus ou une autorisation - intervient la plupart du temps plusieurs années après le dépôt de la demande initiale, on est en droit de se demander si une décision implicite ne s'est pas substituée à la décision censurée. Pour plus de clarté dans l'exposé des solutions apportées par le Conseil d'État, il convient de distinguer les deux cas de figure, même si les réponses respectives s'avèrent très proches l'une de l'autre :

1 - Dans le cas où le silence gardé par l'administration vaut rejet, le fait que celle-ci soit à nouveau saisie du dossier par le seul effet de l'annulation contentieuse n'induit nullement que le sollicitant puisse se voir *ipso facto* opposer une quelconque forclusion : ce dernier peut demander à tout moment à l'autorité compétente de réexaminer sa requête⁴⁵¹. Toutefois, dès lors qu'il aura reformulé sa demande, une décision implicite de rejet peut se constituer, décision qu'il devra, s'il le souhaite, attaquer dans le délai de recours contentieux⁴⁵².

2 - Dans les domaines où une loi ou un décret ont, par exception, instauré un régime d'autorisation implicite, le Conseil d'État a posé un principe proche de celui de l'hypothèse précédente : l'annulation de la décision prise par l'administration n'a pas pour effet de rendre le demandeur titulaire de la permission qu'il sollicitait⁴⁵³. La solution adoptée par la Haute juridiction ne peut qu'être approuvée sur le plan de l'équité : il ne semble pas souhaitable, en effet, d'admettre que la constatation de l'illégalité d'une décision administrative puisse avoir pour conséquence la constitution d'une décision implicite qui a de fortes chances d'être affectée du même vice⁴⁵⁴ et qui offrirait de plus fortes garanties que la décision annulée, dans la mesure où elle est insusceptible de retrait⁴⁵⁵ et où il est conceptuellement impossible de l'assortir de conditions. L'éventualité de la survenance d'une autorisation implicite n'est cependant pas totalement écartée par le Conseil d'État : l'intéressé doit alors, une fois encore, confirmer sa demande auprès de l'autorité compétente pour déclencher le délai au terme duquel, faute de réponse de cette dernière, il sera considéré comme titulaire de l'autorisation désirée⁴⁵⁶. Le juge

⁴⁵⁰ C.E., 26/07/1978, Comité de défense des sites de Trégastel, p.314.

⁴⁵¹ C.E., 20/05/1960, Hennequin, p.350.

⁴⁵² A savoir six mois (4 + 2) après avoir confirmé sa demande : C.E., 4/02/1955, Rodde, p.72.

⁴⁵³ Arrêts S.C.A. des Nigritelles et entreprise Fayolles précités.

Cf. également :

- en matière de permis de construire : C.E., 8/02/1980, Marcel Rellé, *Droit administratif* 1980, n°82 ;

- en matière d'autorisation d'exploitation de carrières : C.E., 3/12/1982, S.A. Les Sablières d'Atton, *Droit administratif* 1983, n°6.

⁴⁵⁴ Ce serait le cas en particulier si la décision expresse annulée était une autorisation viciée au fond.

⁴⁵⁵ C.E., S., 4/11/1969, Eve, p.498 conclusions L. Bertrand ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.684, chronique R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle ; *Revue du droit public* 1970, p.784, note M. Waline.

⁴⁵⁶ Voir par exemple, en matière de permis de construire : C.E., 18/01/1974, Ministre de l'Aménagement du territoire c/ Sté foncière Biarritz-Anglet, *Dalloz* 1974, Som.com., p.41 ; et C.E., 3/12/1975, C.E.F.I.C., p.612.

n'exige toutefois pas de l'administré la reprise de "toutes les formalités exigées lors de l'instruction de sa demande initiale"⁴⁵⁷.

Le principe selon lequel l'annulation ne vaut pas autorisation est cependant tempéré lorsque le juge reconnaît un droit du requérant à l'obtention de la décision sollicitée. Mais nous entrons déjà ici dans la troisième hypothèse d'obligation de réfection pesant sur l'autorité dont l'acte a été censuré par la juridiction administrative.

III - Lorsque la prise d'une nouvelle décision constitue une mesure d'exécution du jugement d'annulation

Le principe qui interdit au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration n'empêche pas celui-ci de renvoyer parfois le requérant devant l'autorité compétente⁴⁵⁸ "pour voir ordonner les mesures d'exécution que comporte" l'annulation qu'il prononce⁴⁵⁹. L'obligation qui pèse alors sur l'administration peut se résumer à engager une nouvelle procédure dont le résultat n'est pas déterminé par la chose jugée⁴⁶⁰. Mais il arrive également que le juge aille plus loin et prescrive l'édition d'un acte précis - en général individuel - quand il constate l'existence d'un droit du requérant à son obtention. Cela se rencontre traditionnellement en matière de fonction publique⁴⁶¹; on peut également en relever des exemples en droit de l'urbanisme, où il a été jugé en particulier que l'annulation d'un refus de permis de construire impose à l'administration d'accorder celui-ci lorsque le tribunal a déclaré que le projet présenté était "en tous points conforme aux règles d'urbanisme"⁴⁶². L'autorité compétente devra donc, dans ces hypothèses, prendre la décision qu'impose le jugement. Son refus exprès ou implicite d'agir en ce sens est censuré par le juge d'excès de pouvoir⁴⁶³ et expose l'administration à une condamnation à réparation⁴⁶⁴ voire, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1980, au paiement d'une astreinte jusqu'à régularisation de la situation. Cette dernière voie a d'ailleurs exploitée par un arrêt *Dame Bastien*⁴⁶⁵ : l'intéressée bénéficiait d'un jugement d'un tribunal administratif par lequel avait été annulé le refus d'un organisme public de l'affilier à la Caisse

⁴⁵⁷ C.E., 19/06/1981, Fraval de Coatparquet, précité (arrêt intervenu en matière d'autorisation implicite de création d'établissements sanitaires privés); voir également C.E., 10/05/1995, Ministre de la Santé c/ Clinique Saint-Germain, req. n°137340.

⁴⁵⁸ A noter que, tout naturellement, l'exécution d'un arrêt d'annulation relèvera de la compétence de l'autorité dont émane l'acte annulé. Ce principe est commun à la plupart des ordres juridiques, et se retrouve notamment en droit communautaire (C.J.C.E., 20/06/1985, de Compte c/ Parlement, affaire n°141/84, alinéa 22).

⁴⁵⁹ C.E., 30/05/1945, Boitard, p.109.

Cette voie, ouverte par la jurisprudence, a été récemment élargie, on le verra, par la loi du 8 février 1995 (se reporter *infra* Partie II, Titre II, Sous-titre II).

⁴⁶⁰ Par exemple procéder à de nouvelles élections : C.E., 20/01/1950, Cassar et Bouchasson, p.809.

⁴⁶¹ Il en va ainsi de divers droits reconnus à un agent victime d'une illégalité tels qu'un :

- droit à une réintégration : C.E., 26/12/1925, Rodière, précité).

- droit à un avancement : C.E., 20/03/1930, Cotédidot, p.324.

- droit à un classement : C.E., 12/11/1949, Dougnac, p.477. etc.

⁴⁶² C.E., S., 5/01/1979, Ville de Mâcon, précité.

⁴⁶³ C.E., S., 28/12/1949, Société automobile Berliet, p.579 ; C.E., S., 17/03/1961, Sieur Ducoût c/ Commune du Mont-Dore, p.184. Cf. également, plus récemment, C.E., 3/04/1991, Ministre des postes c/ Mme Bellony, req. n°105233 : l'annulation par le juge d'une instruction ministérielle relative à la notation du personnel interdit à l'administration de refuser la révision d'une notation établie sur la base de cette instruction.

⁴⁶⁴ C.E., S., 27/02/1949, Périguy, p.46.

Cf également C.E., 14/12/1983, Jacq, p.510 ; *Dalloz* 1985, I.R., p.209, obs. F. Moderne et P. Bon.

⁴⁶⁵ C.E., 28/05/1993, arrêt précité.

nationale de retraite des agents des collectivités locales. En dépit du fait que les juges de premier ressort avaient clairement indiqué, dans les considérants de leur décision, que la requérante tirait de son statut un droit à couverture sociale, celle-ci s'était heurtée à un nouveau refus de l'office compétent. Le commissaire du gouvernement, bien qu'il avouât que la solution préconisée n'était "plus très loin d'une logique d'injonction"⁴⁶⁶, a réussi à convaincre le Conseil d'État de prononcer une astreinte à l'encontre de l'administration rebelle au motif que "la décision de justice comportait nécessairement pour l'administration – une - obligation de faire"⁴⁶⁷.

Paragraphe 3. Le remplacement automatique

Cette hypothèse diverge quelque peu des deux précédentes dans la mesure où, ici, le remplacement de l'acte annulé se présente comme une conséquence mécanique de la décision juridictionnelle, l'administration ne jouant aucun rôle actif. Nous l'avons déjà évoquée en mettant en avant comment, par le jeu même de la disparition qu'elle induit, l'annulation pouvait conduire à la résurgence des dispositions que l'édition de l'acte censuré avait affectées⁴⁶⁸. Pour entrer à présent un peu plus dans le détail, on peut énumérer les cas dans lesquels une pareille substitution se vérifie :

I - L'annulation d'une mesure d'abrogation ou de retrait conduit tout d'abord à la résurgence de la décision que l'acte censuré avait pour but de faire disparaître. Deux espèces serviront d'illustration à chacune de ces situations :

A. Pour ce qui est de l'abrogation, on peut évoquer l'affaire *Fédération autonome de l'aviation civile*⁴⁶⁹ : un décret relatif aux conditions de recrutement des ingénieurs météorologues ayant été abrogé, l'annulation de cette abrogation conduit le Conseil d'État à considérer que ledit décret n'a "pas cessé d'être légalement en vigueur"⁴⁷⁰. Une jurisprudence récente précise que cette résurgence d'une mesure abrogée se conçoit à la seule condition que cette dernière aurait été encore en vigueur à la date où l'annulation de l'acte qui l'a fait illégalement disparaître est prononcée⁴⁷¹.

B. L'arrêt *Association du Centre antillo-guyanais pour la promotion sanitaire et sociale de l'enfant*⁴⁷² concerne quant à lui l'annulation d'une mesure de retrait d'une autorisation

⁴⁶⁶ Ce que devait confirmer la loi du 8 février 1995.

⁴⁶⁷ Conclusions D. Kessler précitées, *Revue française de droit administratif* 1994, p.59.

⁴⁶⁸ Voir *supra*, Titre préliminaire.

⁴⁶⁹ C.E., 13/10/1976, p.405 ; *Droit administratif* 1976, n°348.

⁴⁷⁰ Cet arrêt présente par ailleurs l'intérêt de préciser que les mesures prises pour l'application du texte qui revit - du fait de l'annulation de celui qui lui a succédé- redeviennent, de ce fait, également effectives (il s'agissait ici d'un arrêté fixant le règlement et le programme de l'examen professionnel pour l'accès au corps des ingénieurs de la météorologie).

⁴⁷¹ C.E., S., 4 novembre 1994, Al Joujo et Chicker ; *Droit administratif* 1995, n°44 et 79 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.231, conclusions R. Abraham ; *Les petites affiches*, 19 juillet 1995, n°86, p.37, note F. Priet : l'annulation d'un arrêté d'expulsion devrait en principe faire revivre le titre de séjour de l'étranger que l'arrêté d'expulsion avait abrogé. Mais le Conseil d'État, sur proposition de son commissaire de gouvernement, a distingué plusieurs hypothèses : si l'étranger était titulaire d'un titre de séjour valide au moment de l'expulsion, ledit titre ne renaîtra qu'à condition qu'il ait toujours été en vigueur au moment où le juge a statué, et seulement pour la durée qui lui était impartie ; dans le cas contraire, l'expulsé ne pourra revenir sur le territoire français qu'à condition d'obtenir un nouveau visa.

⁴⁷² C.E., 1er/03/1985, *Droit administratif* 1985, n°209.

préfecturale implicite de création d'un centre hospitalier de pédiatrie en Martinique. La Haute juridiction, après avoir relevé que ce retrait "a été annulé par jugement du tribunal administratif de Fort-de-France devenu définitif", souligne que "l'association requérante a retrouvé le bénéfice de la décision implicite d'autorisation qu'elle avait acquise".

II - On assiste à un phénomène similaire dans l'hypothèse où est annulé un acte ayant simplement modifié un texte existant. Prenons l'espèce *Bonnetblanc*⁴⁷³ : le Conseil d'État ayant censuré un décret qui transférait une des compétences des Conseils régionaux de l'ordre des médecins à des juridictions qu'il créait, ceux-ci retrouvent qualité pour statuer sur les plaintes adressées à celles-là. D'assez nombreux exemples de résurgence de textes modifiés après annulation de cette modification pourraient par ailleurs être trouvés dans le droit de l'urbanisme⁴⁷⁴.

III - Le dernier des cas de résurrection de mesures consécutivement à une annulation recouvre les censures qui portent sur des actes prenant le relais de décisions antérieures, leur apportant un complément normatif ou procédural. Les deux terrains de prédilection en sont les droits de la fonction publique et de l'urbanisme :

A. Dans la fonction publique, une sanction frappant un fonctionnaire peut être quelquefois remplacée par une sanction de nature différente. Ainsi, dans l'affaire *Ville de Châteaudun*⁴⁷⁵, l'annulation d'un arrêt de révocation qui s'était substitué à la mise à la retraite d'office d'un fonctionnaire a-t-elle eu pour conséquence, aux yeux du Conseil d'État, de remettre en vigueur cette dernière mesure que le requérant n'avait pas déféré au juge administratif dans le délai contentieux.

B. En droit de l'urbanisme, l'annulation de plans d'occupation des sols (P.O.S.) donne souvent lieu à la résurgence des mesures locales antérieures auxquelles il s'était substitué⁴⁷⁶. Cela

⁴⁷³ C.E., 24/03/1965, p.1034 ; Cf. également C.E., 22/04/1966, Subileau, p.284 ; et C.E., Ass., 12/10/1979, Rassemblement des Nouveaux Avocats de France, p.370 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.248, note C. Debouy ; *La semaine juridique* 1980, n°19288, conclusions M. Franc ; note J. Boré.

⁴⁷⁴ Et en particulier, pour anticiper sur des développements immédiatement à suivre, dans le contentieux des P.O.S.. Ces documents peuvent en effet faire l'objet de modifications, qui s'analysent comme une procédure de révision simplifiée en raison de son caractère limité (elle ne peut notamment porter atteinte à l'économie générale du P.O.S.). Le Conseil d'État avait admis, dès 1992, que l'annulation d'une telle modification entraînait la remise en vigueur des dispositions correspondantes du P.O.S. dans leur rédaction initiale (C.E., 3 juillet 1992, Commune de Riedisheim, *Droit administratif* n°339), point de vue qu'a renforcé l'article 1er de la loi du 9 février 1994 (voir *infra*). Il en va de même en matière de modification de schémas directeurs (conclusions S. Lavignes sur C.E., 5/12/1994, Syndicat Viticole de Pessac-Léognan et autres, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, n°7, 1995, p.91).

⁴⁷⁵ C.E., 18/01/1967, p.691 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.299.

⁴⁷⁶ Cette résurrection des mesures locales antérieures a d'ailleurs été posée en principe par l'article 1er de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction : "L'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le schéma directeur, le plan d'occupation des sols ou le document d'urbanisme en tenant lieu immédiatement antérieur". Le législateur est ainsi revenu sur une jurisprudence très contestée consacrée par l'arrêt du 25 novembre 1991, "Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer" (p.405 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.116, chronique C. Maugué et R. Schwartz ; *Les petites affiches* 29/04/1992, p.7, note J. Morand-Deviller) qui considérait que l'annulation d'un P.O.S. rendu public n'avait pas "pour effet de remettre en vigueur le précédent P.O.S. de la commune" mais bien la réglementation nationale à la lumière de laquelle était tranché le litige.

s'avère d'autant plus fréquent que la procédure d'élaboration de ces documents se scinde en deux étapes successives, ponctuée chacune par l'édition d'un acte réglementaire : le P.O.S. rendu public dans un premier temps ; le P.O.S. approuvé ensuite. Or, comme ce fut le cas dans l'affaire *Association pour la protection du site du Vieux Pornichet*⁴⁷⁷, il n'est pas rare de voir le P.O.S. approuvé annulé par le juge administratif. La conséquence de cette décision, lorsque le P.O.S. rendu public n'est pas devenu inapplicable du fait de l'expiration du délai de trois ans prévu par l'article L. 123-5 in fine du Code de l'urbanisme⁴⁷⁸, est de ressusciter celui-ci jusqu'à la survenance d'une nouvelle approbation légale⁴⁷⁹ ; si le délai est dépassé, ce sont les dispositions du R.N.U. (Règlement national d'urbanisme) auxquelles le P.O.S. s'était substitué qui s'appliqueront.

En fin de compte, outre le cas - somme toute assez exceptionnel - dans lequel l'administration ne possède aucune obligation de remplacer la mesure annulée et ne désire ou ne peut y procéder, il se trouve toujours une norme qui vient prendre le relais de celle dont le juge a ordonné la chute, norme qui résulte de l'édition d'un nouvel acte ou de la résurgence de textes anciens. Il nous faut maintenant nous intéresser de plus près au contenu de cette "norme-relais" afin de déterminer si la décision de justice engendre ou non, d'un point de vue strictement matériel, des perturbations aussi importantes que le laisse présager la doctrine classique.

Sur cette loi, et ses textes d'application, voir notamment le dossier constitué par la Revue française de droit administratif 1995, pp 1 à 83 ; et pour un parallèle avec la position de la Cour de cassation, Cf la note A. Bernard sous Cass. civ. (3ième), 16/03/1994, *La semaine juridique* 1995. II, p.1213.

⁴⁷⁷ C.E., Ass., 15/02/1980, p.80 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.291, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *La semaine juridique* 1980, n°19375, conclusions B. Genevois, note G. Liet-Veaux.

Voir également C.E., 26/03/1982, S.C.I. Valsnow-Bellevard, p.139.

⁴⁷⁸ Passé ce délai de trois ans, en effet, l'article L.123-5 du Code de l'urbanisme dispose que, le P.O.S. non approuvé cesse d'être opposable aux tiers (à noter que l'introduction d'une requête devant un tribunal administratif à l'encontre du P.O.S. approuvé n'ayant pas pour conséquence d'interrompre le cours de ce délai (lire la réponse ministérielle à la question écrite n°208, J.O., A.N., Q.,20/09/1988), il n'est pas rare, eu égard à la durée des instances, que cette condition ne soit pas remplie). Le Conseil d'État a néanmoins jugé que, dans une telle hypothèse, le P.O.S. rendu public n'est pas pour autant frappé de caducité (C.E., S., 31/12/1976, "Association des amis de l'île de Groix", p.585 ; *La semaine juridique* 1977, II, n°18589, conclusions B. Genevois, note G. Liet-Veaux). Cela s'explique par le fait que l'intérêt principal de la solution Vieux Pornichet réside dans la simplification de la régularisation du P.O.S. rendue nécessaire par l'annulation juridictionnelle de sa phase d'approbation : même s'il n'est plus opposable, le plan rendu public peut, du fait de sa non-caducité, être approuvé sans qu'il soit besoin de reprendre à son origine la procédure d'élaboration à moins qu'un changement de circonstances de droit ou de fait ne se soit produit, et ce conformément au principe qui veut que les actes préparatoires valablement effectués demeurent même en cas d'annulation contentieuse de l'acte final (voir sur ce point P. Hocreitère, "L'inopposabilité du P.O.S. rendu public", *Revue française de droit administratif* 1985, p.286).

⁴⁷⁹ Comme le soulignait en effet Mme Morand-Deville, "le P.O.S. rendu public est le résultat d'une élaboration minutieuse et le document contient l'essentiel des règles d'occupation et d'usage du sol, ce qui explique qu'il puisse être, dès ce stade, rendu opposable aux tiers" (note précitée, *Les petites affiches* 29/04/1992, p.9). Il semble donc préférable, en cas d'annulation du P.O.S. approuvé, de revenir à ce document parfaitement opérationnel, s'il est légal et publié depuis moins de trois ans, plutôt que de soumettre la commune à des règles nationales forcément moins bien adaptées à sa situation.

SECTION 2. LES DIVERS DEGRES DE SUBSTITUTION

Dès lors que l'autorité compétente décide de remplacer l'acte annulé ou sacrifié à une obligation en ce sens, on peut s'interroger sur la similitude susceptible d'exister entre les deux normes en cause. Peut-il y avoir identité totale entre le contenu de la décision censurée et celui de la mesure nouvelle ? La question se pose dans les mêmes termes en cas de résurrection automatique d'un acte. Afin de répondre à l'ensemble de ces interrogations, il faut se pencher successivement sur les symétries imaginables, d'un point de vue matériel, entre les deux actes considérés, puis sur le problème de l'éventuelle rétroactivité du second d'entre eux.

Paragraphe 1. Ressemblances ou dissemblances entre norme nouvelle et norme contenue dans l'acte annulé

Quand l'administration procède au remplacement de l'acte annulé ou que cette substitution est la résultante automatique de l'annulation, ce sont les dissemblances ou les ressemblances existant entre le contenu de la décision nouvelle et celui de la décision censurée qui vont principalement conditionner la portée plus ou moins annihilante de l'annulation juridictionnelle eu égard à la norme à laquelle l'acte censuré servait de vecteur. En conséquence, plusieurs cas de figure se différencient nettement :

I - L'anéantissement parfait par substitution d'une norme contraire

Imaginons que l'autorité compétente remplace l'acte annulé par une décision très différente de ce dernier, voire constituant matériellement son contraire. Peu importe ici qu'elle ait agi de son propre chef ou qu'elle ait été juridiquement contrainte à cette édiction⁴⁸⁰. Du moment que l'acte qui se substitue aux dispositions annulées s'en démarque nettement, au point d'en prendre parfois le contre-pied⁴⁸¹, l'ordonnancement juridique aura été profondément perturbé par la décision juridictionnelle. Le nouvel acte s'éloigne trop de celui auquel il succède pour s'apparenter à une véritable correction de celui-ci. Même si l'intervention du juge ne se solde pas en définitive par une simple soustraction à l'ordonnancement juridique, mais aboutit à la création d'une mesure de substitution qui prend la place de l'acte censuré, l'effet annihilant de l'annulation joue ici à plein. Illustrons ce cas de figure par le biais de trois des hypothèses déjà envisagées :

* On sait que l'administration, en vertu de la décision juridictionnelle qui censure une mesure d'octroi ou de refus d'autorisation, reste saisie du dossier et pourra donc, si les circonstances le commandent, solder le nouvel examen de celui-ci par l'édictation d'une mesure contraire à celle qui a été censurée : un refus peut donc prendre la place de l'autorisation initiale, et inversement.

* De même, en cas de résurrection automatique des dispositions antérieures à l'acte annulé, la décision qui renaît édictait parfois une prescription opposée à celle que le juge fait disparaître, notamment lorsque la mesure censurée s'analyse comme une mesure d'abrogation ou de substitution. L'acte qui avait virtuellement disparu de l'ordre juridique reprend alors une pleine

⁴⁸⁰ Par exemple lorsque le juge, ayant annulé un refus d'admettre à la retraite un fonctionnaire, a clairement signifié à l'administration qu'elle était dans l'obligation d'accorder celle-ci, en constatant que la limite d'âge était atteinte.

⁴⁸¹ Reprendre l'exemple ci-dessus (refus d'admission à la retraite / mise à la retraite).

vigueur ; la volonté administrative d'y mettre fin se trouve totalement contrariée par l'annulation, qui revêt dans cette hypothèse une portée largement destructive. Un exemple récent nous est fourni par l'arrêt *Ministre de la Solidarité c/ Polyclinique Saint-Pierre*⁴⁸² : dans le cadre de son pouvoir hiérarchique, le ministre des affaires sociales avait annulé la décision d'un préfet autorisant l'extension du service de médecine de la polyclinique en question ; mais, suite à un recours gracieux, il était revenu sur sa décision et avait accordé l'autorisation sollicitée. Cependant, cette dernière décision ayant été annulée par un tribunal administratif, le Conseil d'État devait considérer que la censure juridictionnelle avait "fait revivre" le refus ministériel antérieur. L'ordre juridique est dans ce cas de figure d'autant plus perturbé que l'acte qui resurgit revêt le plus souvent un caractère définitif qui interdit, comme c'était le cas en l'espèce, sa contestation gracieuse ou contentieuse⁴⁸³.

* Plus généralement enfin, l'administration devra prendre systématiquement une décision contraire à l'acte censuré dès lors que le jugement d'annulation lui impose la reconstitution de la situation antérieure. On songe en particulier à la réintégration d'un fonctionnaire qui fera suite à la condamnation de son éviction⁴⁸⁴.

II - L'anéantissement imparfait par substitution d'une norme proche

L'administration procède très souvent, comme il l'a été souligné, à des corrections destinées à rendre conforme à la légalité un acte dont le juge a montré qu'il ne l'était pas. Il peut s'agir indifféremment d'une décision discrétionnaire qu'elle décide de remplacer en la transformant selon les prescriptions de la décision juridictionnelle, ou bien d'un acte auquel elle était dans l'obligation de fournir une mesure de substitution. La réédiction d'une décision matériellement proche de la mesure illégale est de nature à tempérer la vision traditionnelle des effets annihilants de l'annulation. Certes, la mesure initiale a disparu ; mais son remplacement par une mesure qui n'en diffère pas fondamentalement suggère que la décision juridictionnelle remplit une fonction plus "régulatrice" que "destructive", dans la mesure où l'intervention du juge ne se solde pas, en fin de compte, par une amputation de l'ordonnement juridique, mais aboutit indirectement à créer un acte de substitution à celui dont elle a commandé la chute.

On peut rapprocher de cette hypothèse celle dans laquelle sont remis automatiquement en vigueur des actes qui ressemblent fort à ceux qui sur lesquels le juge de l'excès de pouvoir a jeté son discrédit. Il peut en aller de la sorte en cas de censure d'une mesure qui non seulement modifiait mais aussi remplaçait l'acte rendu à la vie. Les deux espèces développées à propos de la résurrection de mesures auxquelles s'était substituée la décision annulée en témoignent⁴⁸⁵ : que ce soit dans le cas de la résurgence de la sanction frappant un fonctionnaire ou de celle du P.O.S. rendu public, on peut raisonnablement estimer que ceux-ci ne s'éloignent pas radicalement des dispositions censurées

qui les avaient remplacés⁴⁸⁶.

⁴⁸² C.E., 16/02/1994, Polyclinique Saint-Pierre ; Droit administratif 1994, n°277, observations R.A. ; *Revue du droit public* 1994, p.1551 conclusions R. Abraham.

⁴⁸³ Seule pourrait contrarier cet effet négatif de l'annulation la réédiction future de l'autorisation censurée, mais cela est totalement suspendu au bon vouloir de l'administration.

⁴⁸⁴ Pour plus de détails sur ce point, voir les développements sur la rétroactivité (*infra*, paragraphe 2).

⁴⁸⁵ Voir les arrêts Ville de Châteaudun et Association pour la protection du site du Vieux Pornichet précités.

⁴⁸⁶ De même, la résurgence d'un P.O.S. après annulation d'une simple modification prévue par l'arrêt commune de Ridesheim et l'article 1er de la loi du 9 février 1994 précités ne produira qu'une très relative perturbation de

III - L'anéantissement contrarié par substitution d'une norme identique

C'est le cas de figure qui se place le plus en porte-à-faux par rapport à la conception classique des conséquences de l'annulation. Les exemples de réédiction à l'identique que nous avons fournis dans la section précédente (notamment en matière d'acte discrétionnaire que l'administration décide de corriger de ses vices externes - voire parfois internes -, et d'acte sollicité par un administré, lorsque le nouvel examen du dossier se solde par un nouvel octroi de l'autorisation demandée, ou par un nouveau refus opposé à une requête en ce sens) montrent à l'évidence que, d'un point de vue normatif, l'intervention du juge de l'excès de pouvoir censurant un acte n'aura entraîné à terme aucune perturbation dans l'ordonnement juridique.

Mieux encore, comme en matière d'annulation partielle, la censure juridictionnelle peut, dans certaines hypothèses de résurgence automatique d'actes antérieurs, ne pas remplir sa mission d'"assainissement" de l'ordre juridique. Imaginons en effet que soit ainsi ressuscitée, dans le cadre de la jurisprudence *Ville de Châteaudun*, une sanction de même portée que celle qui a été annulée et qui s'avère elle aussi illégale : le Conseil d'État opposera le fait qu'elle n'ait pas été attaquée dans les délais pour justifier qu'il ne puisse la remettre en cause. Supposons par ailleurs que le P.O.S. rendu public qui revit à la suite de l'annulation du P.O.S. approuvé soit matériellement similaire et, ce qui est loin de constituer une hypothèse d'école⁴⁸⁷, entaché dans son contenu même d'un vice identique à celui qui a motivé la censure de son successeur ; c'est donc un règlement illégal qui ressurgit du fait de l'annulation. Cette dernière, contrairement à ce qui constitue sa raison d'être, n'a pas satisfait aux exigences du principe de légalité.

La norme qui remplace la norme annulée peut donc s'apparenter aux dispositions victimes d'une annulation jusqu'à devenir leur copie conforme, illégalité comprise. Et pour peu que la mesure de substitution revête alors une portée rétroactive, il sera fait totalement table rase de l'annulation prononcée. L'intérêt réside donc à présent dans l'étude des conditions dans lesquelles est envisageable une telle rétroaction.

l'ordonnement juridique, du fait du peu d'importance que revêtait, par hypothèse, le changement opéré. Il en va au contraire souvent différemment pour la censure d'une révision du P.O.S., tant il est vrai que "très souvent, la révision d'un P.O.S. ne se distingue guère, sinon par la procédure suivie, d'une refonte globale" de celui-ci (M. Granjon, *Gazette du Palais* 1992, p.89). Dans ce dernier cas, avec la résurgence du règlement local d'urbanisme avant révision imposée par ladite loi, on assiste presque inmanquablement à la renaissance d'un texte bien différent de celui qui avait été annulé par le juge.

⁴⁸⁷ Il n'est pas rare en effet que le P.O.S. soit annulé non pour vice de forme postérieur à la publication, comme c'était le cas dans l'affaire Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet, mais pour illégalité interne.

Voir par exemple :

- pour une erreur de droit : T.A. Lyon, 15/06/1976, Union cantonale des syndicats d'exploitants agricoles et autres, *Dalloz* 1978, I.R., p.378.

- pour une erreur manifeste d'appréciation : C.E., 19/10/1979, Association pour la sauvegarde du pays de Rhuys, *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.110.

Paragraphe 2. Portée rétroactive ou non rétroactive de la norme nouvelle⁴⁸⁸

Deux types de constructions commandent les solutions en la matière : la première, traditionnelle, oppose au principe de non-rétroactivité de la mesure nouvelle une exception non négligeable ; la seconde multiplie les hypothèses atypiques de rétroactivité. Une fois exposés ces deux schémas, il faudra évaluer quelle est la portée de la rétroactivité sur les effets de l'annulation s'attachant à la norme en cause.

I - Le schéma traditionnel

A. Le principe : l'acte nouveau est dépourvu d'effet rétroactif

Conformément au principe général du droit qui régit l'entrée en vigueur des décisions administratives, l'acte pris par l'administration à la suite d'une annulation contentieuse pour remplacer celui qui a été censuré ne peut *a priori* revêtir un caractère rétroactif, qu'il s'agisse indifféremment d'un acte réglementaire⁴⁸⁹ ou d'une décision individuelle⁴⁹⁰. L'autorité concernée ne peut donc, en principe, prendre argument de l'annulation de l'acte initial pour faire remonter l'entrée en vigueur de la nouvelle décision à la date d'édition de celui-ci⁴⁹¹. M. Weil en explique parfaitement la raison : "en disant que l'administration refait l'acte annulé, nous ne devons pas oublier que cette réfection n'est qu'une apparence car, au fond, le second acte est un acte nouveau, bien qu'il ait -parfois- le même objet que le premier (...)"⁴⁹². Il en déduit que "le second acte ne pourra pas rétroagir, car sa rétroactivité signifierait la réalisation de la décision annulée"⁴⁹³. Il est vrai que si l'on permettait que la réplique d'une décision censurée par le juge prenne effet à la même date que cette dernière, cela priverait le jugement de toute portée. Le principe de non-rétroactivité, outre sa fonction traditionnelle qui trouve son fondement dans "la nécessité d'assurer aux relations juridiques entre l'administration et les administrés une sécurité indispensable"⁴⁹⁴, est donc ici intimement lié à celui de respect de la chose jugée. Il implique deux règles bien distinctes :

⁴⁸⁸ Une précision liminaire importante doit être apportée : la question de la rétroactivité de la norme qui remplace celle qui subit le contrecoup d'une annulation ne se pose réellement que dans les hypothèses où l'administration joue un rôle actif. Lorsqu'au contraire rejaillit automatiquement la norme antérieure, s'il va certes de soi que cette remise en vigueur revêt une portée rétroactive, c'est simplement parce que, du fait de la censure juridictionnelle prononcée à l'encontre de la mesure de remplacement, l'acte ancien est supposé n'avoir jamais quitté l'ordonnement juridique. La rétroactivité en cause ici n'est donc pas tant celle de la norme qui vient se substituer à celle qui a fait l'objet de l'annulation, que celle du jugement qui a décidé cette dernière.

⁴⁸⁹ C.E., Ass., 25/06/1948, Société du Journal l'Aurore, p.289 ; Sirey 1948, III, p.69, conclusions M. Letourneur ; *Dalloz* 1948, p.437, note M. Waline ; *La semaine juridique* 1948, II, 4427, note A. Mestre.

⁴⁹⁰ C.E., 16/07/1948, Société des filatures et tissages de Madagascar, p.334.

⁴⁹¹ C.E., 19/07/1973, S.C.I. La Tour Blanche c/ Perrière, p.885.

De même, lorsqu'a été annulé un acte qui s'était substitué à une décision antérieure, l'autorité compétente ne saurait prendre un nouvel acte qui rétroagirait à la date de cette dernière : C.E., S., 21/01/1977, Moisand, p.35.

⁴⁹² *Op. cit.*, p.49.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ M. Letourneur, "Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1955, n°9, p.37.

1 - L'acte nouveau doit être pris après exécution de la décision juridictionnelle

L'administration, nous le savons, peut parfois refaire à l'identique un acte censuré par le juge de l'excès de pouvoir. Cependant, les principes de non-rétroactivité et de respect de la chose jugée limitent cette permission par deux interdictions :

a) Interdiction de maintenir les effets de l'acte annulé pour la période comprise entre son entrée en vigueur et l'édition d'un acte nouveau

* Justification de l'interdiction

Il serait contraire au principe d'exécution de la chose jugée de permettre à l'administration, même lorsque l'acte censuré était justifié au fond, de prendre une mesure identique censée se substituer à lui dès le moment où il avait été initialement édicté. Imaginons le cas d'un fonctionnaire qui obtient l'annulation pour vice de forme d'une mesure d'éviction l'ayant frappé. L'administration pourra certes prononcer ultérieurement la même sanction, en respectant cette fois les conditions légales ; mais elle ne pourrait lui donner effet rétroactif sans méconnaître la chose jugée, laquelle exige que l'on procède auparavant à la réintégration de l'intéressé⁴⁹⁵. Ainsi, l'agent ne pourra être à nouveau évincé qu'à partir du moment où, rétabli dans ses fonctions, la nouvelle mesure lui aura été notifiée⁴⁹⁶. Une solution inverse aboutirait à rendre totalement platonique la décision juridictionnelle. La rétroactivité ne saurait permettre à l'administration de réparer à son profit, pour le passé, les erreurs qu'elle a commises : cela porterait atteinte à la protection des droits des administrés qu'assure le juge de l'excès de pouvoir⁴⁹⁷. L'exigence de réintégration antérieure à la prise d'une nouvelle mesure n'est à ce propos, pas toujours aussi formaliste qu'on pourrait le croire, en particulier en matière de sanction : il est en effet des cas dans lesquels l'administration ne pourra reprendre par la suite une sanction identique fondée sur les mêmes faits, notamment lorsque ceux-ci ont été entre-temps amnistiés⁴⁹⁸.

* Assouplissements de l'interdiction

- Il faut reconnaître tout d'abord que l'application de cette règle ne va pas sans entraîner parfois de réelles difficultés pour les services qui, depuis l'éviction du fonctionnaire en cause, se sont réorganisés. Bouleverser ceux-ci temporairement semble inopportun, sachant que la sanction sera aussitôt reprise. C'est pourquoi l'administration se contente le plus souvent de procéder à une

⁴⁹⁵ C.E., Ass., 31/05/1957, Balpêtré, p.362, conclusions B. Tricot. Voir également C.E., 8/02/1961, Rousset, p.85, conclusions G. Braibant.

A noter que l'arrêt C.E., 17/10/1952, Dlle Cazals-Blanchet (p. 768) réserve l'hypothèse de l'abandon de poste, lorsque l'intéressé s'abstient de répondre aux ordres de service qui lui sont adressés. Sur cette théorie, lire notamment J. Simbille, "La théorie de l'abandon de poste", *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.420.

⁴⁹⁶ C.E., S., 27/05/1977, Loscos, p. 249 ; C.E., 29/06/1977, Larribe, p. 881.

⁴⁹⁷ Cette implication du principe de non-rétroactivité a été mise en avant, dans le même ordre d'idées, par M. J.-J. Israël, pour expliquer "le refus du juge de voir un acte administratif rectifié par le seul apport ultérieur à son émission de l'élément qui faisait défaut ou qui était irrégulier" (La régularisation en droit administratif, p.211).

⁴⁹⁸ C.E., 24/10/1958, ministre de l'Education Nationale c/ Dame Marmillon, *Revue pratique de Droit administratif* 1958, n°397 ; C.E., 3/11/1982, d'Arnaud de Vitrolles, *Revue du droit public* 1983, p.1117.

réintégration "implicite"⁴⁹⁹, sur le seul terrain juridique. Il n'en demeure pas moins que, quoique non effective, cette réintégration peut se révéler d'une grande importance pratique pour celui qui en bénéficie, ne serait-ce que parce qu'elle implique, nous le verrons, une reconstitution de carrière, ce qui peut avoir des retombées non négligeables concernant notamment le calcul des droits à pension de retraite⁵⁰⁰.

- S'agissant maintenant de certaines modalités plus précises de cette exécution, il nous faut noter quelques solutions intéressantes qui rendent celle-ci plus ou moins contraignante selon que la mesure annulée se justifiait ou non. Elles concernent essentiellement le problème de l'indemnité allouée au fonctionnaire irrégulièrement évincé. Depuis le célèbre *arrêt Deberles*⁵⁰¹, on sait en effet que l'agent public qui obtient sa réintégration n'a plus droit, en vertu de celle-ci, au reversement des traitements qu'il aurait dû percevoir s'il n'avait été victime de l'illégalité dont il a obtenu la censure. Le juge lui oppose en effet la "règle du service fait" en vertu de laquelle seule la participation effective à la fonction publique donne au fonctionnaire droit à une rémunération comportant un traitement et ses compléments⁵⁰². Toute compensation n'est pas pour autant exclue, dans la mesure où l'agent peut prétendre à la réparation des divers préjudices que l'éviction irrégulière qui l'a frappé a pu lui causer⁵⁰³. Une pleine exécution de l'annulation de la destitution illégale passerait donc, en principe, par l'allocation de cette somme dûment calculée⁵⁰⁴. Or, il est apparu au juge que l'opportunité d'une telle solution s'avérait contestable lorsque l'éviction, quoiqu'affectée d'une irrégularité externe, se justifiait parfaitement au fond. Fallait-il contraindre l'administration à indemniser un agent dont le comportement a été tel qu'il va se voir immédiatement sanctionné par la réédiction, cette fois légale, de la mesure qui le frappait ? Le Conseil d'État ne l'a pas pensé, et admet non seulement la réduction de l'indemnité du fait de la gravité des fautes de l'agent⁵⁰⁵, mais également la suppression pure et simple du droit à réparation dans les hypothèses où son comportement lui semble impardonnable⁵⁰⁶. Ce fut par exemple le cas pour un agent, adjoint d'enseignement

⁴⁹⁹ L'expression est employée par P. Weil, *op. cit.*, p.51. Pour un exemple, voir C.E., S., 13/03/1959, Nègre, p.179 ; Actualité juridique, Droit administratif 1959, 2, p.99, arrêt dans lequel l'intéressé n'a jamais repris effectivement ses fonctions dans la mesure où, dès le lendemain de la signature des décrets de reconstitution de carrière, le gouvernement a entrepris, dans des conditions cette fois régulières, une nouvelle et rapide procédure d'éviction.

⁵⁰⁰ C.E., S., 18/11/1957, Veuve Champion, p.590 ; C.E., S., 20/05/1960, Hennequin, p.350 ; et, plus récemment, C.E., 9/11/1994, Mme Bensimon, p.

⁵⁰¹ C.E., Ass., 7/04/1933, Sieur Deberles et Commune d'Haillicourt, p.439 ; *Revue du droit public* 1933, p.624, conclusions Parodi

⁵⁰² Article 22 de l'ordonnance n°59.244 du 4/02/1959 relative au statut général des fonctionnaires. Cette règle du service fait est traditionnellement présentée comme une exception à la rétroactivité des reconstitutions de carrière dont il sera fait état un peu plus loin.

⁵⁰³ Il en va ainsi par exemple pour ce qui est du trouble dans les conditions d'existence (C.E., S., 5/04/1935, Demay, *Daloz hebdomadaire* 1935, p.385), de l'atteinte à la réputation (C.E., 8/06/1978, Centre psychothérapique de la Haute-Vienne, *Droit administratif* 1978, n°238), etc... ; mais l'essentiel est normalement constitué par la perte de traitements subie par celui-ci.

⁵⁰⁴ Ce calcul tient compte des revenus qu'il a pu par ailleurs percevoir. Pour plus de précisions, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°919-1° ; et pour une précision récente, C.E., 24/06/1992, Queguiner, p.1084 ; *Daloz* 1993, Som. com., p.149, observations P. Bon et Ph. Terneyre (non déductibilité de sommes (en l'espèce des droits d'auteurs) n'ayant pas le caractère de revenus professionnels).

⁵⁰⁵ C.E., S., 29/03/1957, Lévêque, p.226.

Cette jurisprudence peut se rapprocher de celle qui tempère l'indemnité allouée à la suite d'une éviction illégale au fond, lorsque l'agent cumulait deux emplois publics, situation qui n'aurait pu légalement perdurer : C.E., 1er/07/1988, Dlle Madère, *Daloz* 1989, Som. com., p.53, obs. F. Moderne et P. Bon.

⁵⁰⁶ Les premiers exemples de cette sévérité concernaient des agents dont le comportement, sous l'occupation, était sujet à caution : voir notamment C.E., 13/05/1966, Ministre de l'Intérieur c/ Ressaygues, *Revue du droit public* 1967, p.216.

stagiaire dans un collège, qui, bien que n'ayant pas à proprement parlé abandonné son poste, se contentait de faire quotidiennement acte de présence dans l'établissement tout en refusant d'exercer les fonctions qui lui avaient été assignées⁵⁰⁷ ; ou pour le licenciement d'un chirurgien dentiste d'un centre médico-social, illégal car prononcé sans consultation préalable de la commission paritaire dont l'avis était contractuellement prévu, se fondant sur des fautes disciplinaires dont l'exactitude matérielle était établie⁵⁰⁸.

On peut donc dire, sans risques d'exagération, que l'exigence de pleine exécution préalable, si elle n'est pas écartée par ces solutions, se tempère d'elle-même par la tendance dont témoigne le juge à alléger les charges qui pèsent sur l'administration quand cette dernière va, sans aucun doute, reprendre la mesure dont la censure n'a pas entamé le bien-fondé.

b) Interdiction de maintenir purement et simplement la décision censurée, quand bien même celle-ci se trouverait purgée de son vice par un changement de circonstances

Le problème s'est posé pour la première fois à propos de l'affaire *Cru et autres*⁵⁰⁹ : par deux arrêts antérieurs⁵¹⁰, le Conseil d'État avait annulé des opérations d'intégration dans la fonction publique et, par voie de conséquence, plusieurs tableaux d'avancements ultérieurs, ces derniers n'étant entachés d'aucune irrégularité propre mais subissant le contrecoup de la reconnaissance de l'illégalité de la nomination de certains agents qu'ils concernaient. Or, la réfection de l'opération dans des conditions cette fois régulières, avait produit un résultat identique à celui de l'opération initiale. La question se posait donc de savoir si les tableaux d'avancements devaient à leur tour être refaits. Pour contourner cette "complication inutile"⁵¹¹, le commissaire du gouvernement A. Jacomet proposait de faire appel à la notion de "cause juridique de la décision de justice", recouvrant "non seulement la conclusion du raisonnement auquel s'est livré le juge, mais aussi toutes les constatations qui ont emporté sa conviction"⁵¹². Ce qui en l'espèce avait motivé l'annulation des tableaux d'avancement litigieux, ne résultait pas d'un vice propre à ceux-ci, mais bien de l'irrégularité des opérations d'intégration antérieures ; ces dernières ayant été refaites à l'identique dans des conditions légales, le jeu de la notion de cause juridique de la décision de justice permettait de faire l'économie de la réfection des tableaux d'avancement. Le Conseil d'État ne devait cependant pas suivre son commissaire du gouvernement, considérant qu'il était nécessaire de refaire le tableau d'avancement "dans la mesure où aucune circonstance n'a pu le faire revivre".

La rigueur de cette solution, qualifiée de "regrettable" par son premier commentateur⁵¹³ car sacrifiant des considérations pratiques légitimes sur l'autel d'une logique juridique trop rigide, a cependant été quelque peu tempérée par la jurisprudence *Puisoye*⁵¹⁴ qui admet que l'administration n'est pas tenue de procéder à un tel remplacement lorsque le tableau d'avancement, qui était entaché d'une simple irrégularité par voie de conséquence -du fait par

⁵⁰⁷ C.E., 27/02/1981, Dlle Yaffi, p. 118 ; *Dalloz* 1981, I.R., p.146, obs. F. Moderne et P. Bon.

Dans le même sens, voir C.A.A. Bordeaux, 2/08/1990, Mme Bensimon, *Lebon*, p.893.

⁵⁰⁸ C.E., 22/01/1988, Samuel c/ Commune de Montreuil, *Dalloz* 1989, Som.com., p.114, obs. F. Moderne et P. Bon.

⁵⁰⁹ C.E., 10/12/1954, p.659 ; *Dalloz* 1955, p.198, conclusions A. Jacomet, note P. Weil.

⁵¹⁰ C.E., S., 4 mars et 16 juin 1949, *Lebon* pp.105 et 753.

⁵¹¹ P. Weil, note précitée.

⁵¹² Conclusions précitées.

⁵¹³ P. Weil, note précitée.

⁵¹⁴ C.E., Ass., 5/06/1970, p.386 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.489, note R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle.

exemple de l'annulation d'un tableau antérieur- n'a pas été attaqué devant le juge administratif, et que la réfection de l'acte initial a donné un résultat identique. Cet "assouplissement" n'en est pas vraiment un, dans la mesure où la sévérité de la solution consacrée par l'arrêt *Cru* trouve sa justification dans le fait que le tableau en cause avait, lui aussi, fait l'objet d'une annulation effective ; les effets drastiques s'attachant à cette dernière n'ont pas lieu d'être appliqués à la mesure irrégulière qui n'a pas subi une pareille sanction directe.

2 - L'acte nouveau doit être pris conformément au droit en vigueur au moment de son édicition

Il découle du principe de non-rétroactivité qu'une décision prise à la suite d'une annulation contentieuse doit normalement l'être sur la base du droit en vigueur au moment où il est édicté. Un arrêt de Section récent le rappelle⁵¹⁵ : un concours de recrutement de la fonction publique a été annulé ; si l'autorité administrative décide d'organiser un concours en remplacement de celui-ci, elle devra y procéder conformément à la réglementation nouvelle s'il y a eu un changement dans le droit applicable. Cette règle s'applique en principe également aux actes pris à la suite de l'annulation d'une autorisation accordée ou d'un refus opposé à la demande d'un administré. On sait déjà que, dans un tel cas de figure, l'autorité compétente se trouve à nouveau saisie du dossier⁵¹⁶. Elle devra donc l'instruire sur la base de la situation de droit existant à la date à laquelle elle y procède⁵¹⁷. La non-rétroactivité impose donc en tout état de cause la conformité au droit nouveau, que celui-ci s'avère plus favorable au requérant, ou au contraire lui soit plus préjudiciable⁵¹⁸ que ne l'étaient les textes en vigueur lors de l'édicition de la décision annulée.

B. L'exception : la rétroactivité de la réfection imposée par la chose jugée

Le principe de non-rétroactivité de l'acte nouveau est parfois tenu en échec lorsque ce dernier est pris en vue d'assurer la bonne exécution de l'arrêt d'annulation. Cette exception a été admise de longue date par le Conseil d'État, qui l'a notamment explicitée dans le célèbre arrêt *Rodière*⁵¹⁹ : "s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative (...) ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte *évidemment* une exception lorsque ces décisions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'État, lequel, par les annulations qu'il prononce, entraîne nécessairement certains effets dans le passé, à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus

⁵¹⁵ C.E., S., 8/06/1990, Rougerie, p.147 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.331, conclusions M. Laroque ; *Actualité juridique, Droit administratif*, p.892, note J.-M. Breton.

⁵¹⁶ Voir *supra*.

⁵¹⁷ C.E., S., 1/12/1973, entreprise Fayolles, précité.

Voir également C.E., 18-02-1994, Syndicat des pharmaciens du Puy-de-Dôme et Conseil régional de l'ordre des pharmaciens, (arrêt précité).

⁵¹⁸ Ce dernier cas se rencontre assez souvent en jurisprudence.

Voir notamment : C.E., S., 8/03/1963, Sieur Pradel, *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.214 : à la suite d'une modification de la définition légale des terrains à bâtir, le requérant, qui avait obtenu l'annulation d'une opération de remembrement en arguant de la qualification ancienne, peut, dans la mesure où ses terrains ne correspondent plus aux critères légaux, se voir à nouveau frappé d'une mesure similaire.

Dans le même sens, voir C.E., 29/06/1990, Georges, p.932.

Voir également l'arrêt S.C.A. des Nigritelles précité : la règle nouvelle impose au requérant le paiement d'une taxe qu'il n'était pas tenu d'acquitter sous l'empire de la réglementation ancienne.

⁵¹⁹ C.E., S., 26/12/1925, p.1065 ; *Sirey* 1925, 3, p.49, note M. Hauriou ; *Revue du droit public* 1926, p.35, conclusions J. Cahen-Salvador.

(...)»⁵²⁰. Nous avons donc affaire ici à deux types de rétroactivités qui se conditionnent l'une l'autre, et que M. Carbajo⁵²¹ a respectivement qualifiées de "destructive" et de "constructive". La première entraîne la disparition *ab initio* de l'acte annulé ainsi que de ceux qu'il a fondés par la seule propriété du jugement rendu ; la seconde, au contraire, "en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, n'appartient qu'à l'autorité administrative et (...) peut la conduire à prendre des actes ayant pour objet de reconstituer les événements qui se seraient déroulés entre l'entrée en vigueur de l'acte irrégulier et son annulation si cet acte irrégulier n'était pas intervenu"»⁵²².

La possibilité de prendre certaines mesures rétroactives à la suite d'une annulation contentieuse est donc quelquefois accordée à l'administration. Mais cette dérogation au principe traditionnel ne trouve sa justification que dans le souci d'assurer une pleine et complète exécution de la chose jugée ; seule l'autorité de la décision juridictionnelle autorise une telle attitude⁵²³. Elle l'impose même, en vertu du principe qui interdit au juge de faire acte d'administrateur, dans la mesure où, dans certains cas, l'édition d'un acte administratif constitue un passage obligé pour parfaire ce que l'annulation a commencé : le jugement a créé un vide juridique que l'administration peut seule combler. Conférer un caractère rétroactif aux mesures qu'elle prendra à cette fin, caractère semblable à celui qui s'attache aux jugements d'annulation, paraît en conséquence indispensable à la pleine réalisation des effets de la décision juridictionnelle qu'elle complète⁵²⁴. Aussi, comme l'a relevé le commissaire du gouvernement Bertrand dans ses conclusions sur l'arrêt *Magnol et Orliac*⁵²⁵, "l'effet rétroactif à donner à une décision consécutive à une annulation contentieuse doit-il, en raison de son caractère dérogatoire à un principe fondamental, rester dans un rapport nécessaire avec l'exécution de la décision juridictionnelle d'annulation". C'est assurément cette idée de "rapport nécessaire" qui conditionne cette exception à la règle de non-rétroactivité. Il convient dès lors de tenter d'en déterminer les contours. La jurisprudence semble exiger la réunion de deux conditions pour admettre l'existence d'un tel lien.

⁵²⁰ Cette formulation traditionnelle est souvent reprise telle quelle par le Conseil d'État. Pour un exemple récent, voir C.E., 14/11/1990, Mlle Laffont, req. n°50831, inédit.

⁵²¹ *Op. cit.*, p.79.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ En ce sens, voir l'opinion de R. Odent, *Contentieux administratif*, p.2045 : "La jurisprudence ne fait fléchir deux grands principes, celui de la non-rétroactivité et celui en vertu duquel la légalité d'une décision est appliquée compte tenu du droit applicable au jour où cette décision intervient, que lorsque l'un et l'autre feraient obstacle à l'exécution correcte de la chose jugée".

⁵²⁴ Sur le fait que cela constitue une exception dans les différentes hypothèses de régularisation qu'est amenée à assurer l'administration, J.J. Israël, *op. cit.*, p.199.

⁵²⁵ Conclusions précitées.

1 - Une compétence liée de l'administration résultant de la décision juridictionnelle

Les deux éléments doivent nécessairement se conjuguer :

a) Une compétence liée de l'administration

L'autorité compétente doit être tenue de prendre les mesures en question pour pouvoir leur donner effet rétroactif. Nous nous situons donc dans l'hypothèse de la réfection obligatoire. C'est ce caractère qui fait par exemple défaut en matière d'organisation d'un nouveau concours d'entrée dans la fonction publique faisant suite à l'annulation d'un concours antérieur : l'administration a simplement la faculté, et non l'obligation, de pourvoir à la vacance de poste qui en a résulté⁵²⁶. Il s'agit là d'un cas de réfection volontaire de l'acte annulé, insusceptible par conséquent de revêtir un quelconque effet rétroactif.

b) Une compétence liée résultant de la décision de justice

Nous avons déjà énuméré les trois cas dans lesquels l'autorité administrative était tenue de procéder à la réfection de l'acte annulé⁵²⁷. Mais seule la troisième hypothèse, à savoir celle de l'acte nouveau "imposé par le jugement d'annulation", autorise et nécessite l'emploi de la rétroactivité : il s'agit pour l'administration de prendre des mesures positives en complément d'un jugement qui ne se suffit pas à lui-même, et c'est justement cette complémentarité avec la chose jugée qui commande la rétroactivité des mesures concernées⁵²⁸. La seule obligation d'agir ne permet pas de passer outre au principe de non-rétroactivité ; il importe que cette obligation résulte du jugement lui-même. C'est pourquoi, dans les deux autres cas de réfection obligatoire, la mesure nouvelle sera dépourvue d'un tel effet, qu'il s'agisse de l'édition d'un acte prévu par un texte⁵²⁹ ou de la décision faisant suite à l'annulation d'une autorisation accordée ou d'un refus opposé à un administré. L'obligation d'agir découle dans le premier cas de la règle de droit, dans le second du fait que l'administration reste censément saisie de la demande⁵³⁰ ; elle ne résulte pas suffisamment directement de l'annulation prononcée.

⁵²⁶ Conclusions M. Laroque sur l'arrêt Rougerie, précitées.

Cf. également C.E., 16/12/1959, Cuénot, p.685.

A noter que le régime des concours d'entrée dans la fonction publique se différencie en cela nettement de ceux qui jalonnent la carrière d'un fonctionnaire, ce qui explique en partie la prise en compte de ces derniers dans la reconstitution de carrière (voir jurisprudence Barbier, citée *infra*).

⁵²⁷ Voir *supra*.

⁵²⁸ L'arrêt Nègre (précité) emploie à cet égard une formule très explicite, puisque les effets d'une décision d'annulation y sont censés avoir été "constatés" par le décret exécutant celle-ci.

⁵²⁹ Sauf dérogation législative expresse (voir *infra*).

⁵³⁰ C'est ici cette demande qui crée l'obligation d'y répondre. Au contraire, dans le cas où l'obligation de statuer résulte directement de la décision de justice, la compétence liée de l'administration n'est pas subordonnée à une demande de l'intéressé. Pour l'affirmation de cette règle en matière de reconstitution de carrière faisant suite à l'annulation d'une révocation, voir notamment C.E., 16/10/1985, Commune de la Garenne-Colombes, p.679 ; *Droit administratif* 1985, n°564.

2 - Un droit du requérant à l'intervention de la décision à la date initiale

Il doit ressortir du jugement d'annulation que "les intéressés avaient un droit acquis à ce que cette décision intervienne à une date déterminée"⁵³¹. Trois situations vont nous servir d'instrument de travail afin de tenter de déterminer la teneur exacte de ce droit : il s'agit tout d'abord de l'annulation de l'éviction d'un fonctionnaire ; ensuite, toujours dans le cadre de la fonction publique, de celle d'un tableau d'avancement ; enfin de certaines censures de refus au travers desquelles le juge reconnaît expressément le droit que détenait le requérant à obtenir une autorisation à l'issue de l'instruction de son dossier⁵³². Dans les deux premières hypothèses, l'acte annulé modifiait abusivement la situation juridique dans laquelle se trouvait le fonctionnaire ; dans la troisième, il se trouvait en discordance avec l'application de la règle de droit à laquelle pouvait légitimement prétendre l'intéressé. Le droit à l'intervention de la décision à sa date initiale, comme le démontrent ces différents exemples, se décompose en deux sous-ensembles.

a) Droit à ce que la décision annulée crée le moins de perturbations possibles dans l'ordre juridique

* Des trois exemples susmentionnés, il ressort que, la décision illégale n'ayant, en tout état de cause⁵³³, pas lieu d'être édictée, il serait anormal qu'elle puisse produire le moindre effet au détriment du requérant⁵³⁴. Pour ne s'en tenir qu'aux illustrations tirées du contentieux de la fonction publique, on comprend en conséquence que la censure d'une éviction ou d'un tableau d'avancement induise pour l'autorité administrative compétente l'obligation de procéder à la reconstitution de carrière de l'intéressé depuis le moment où l'acte illicite est intervenu⁵³⁵, et comme si ce dernier n'avait jamais été en vigueur⁵³⁶. Le droit de l'agent à voir sa situation régularisée au jour où l'illégalité s'est produite apparaît ici inhérent à la teneur l'annulation prononcée : cette dernière ayant fait disparaître une mesure qui entravait abusivement le déroulement normal de sa carrière, la mesure de régularisation prendra naturellement effet à partir de la date de cette perturbation. Point n'est donc besoin que le juge formule expressément ce droit ; le simple fait de censurer l'irrégularité lui donne corps.

⁵³¹ Conclusions Laroque précitées.

⁵³² Voir *supra*, arrêt Ville de Mâcon, précité.

⁵³³ Le Conseil d'État impose en effet la réintégration "quel qu'ait été le motif de l'annulation" : C.E., 18/02/1955, Duboucher, p.94.

⁵³⁴ Ni, plus exceptionnellement à son profit : ainsi par exemple, un fonctionnaire dont la carrière a été reconstituée à la suite de l'annulation de sa révocation, n'est pas fondé à se prévaloir d'une loi d'amnistie ouvrant droits à pension au profit d'agents révoqués : C.E., S., 13/02/1959, Eilers, p.109.

Pour une autre hypothèse (tout aussi circonstancielle), voir C.E., S., 3/07/1953, Brun, p.348, *La semaine juridique* 1953,I, n°1132, note F. Gazier et M. Long.

⁵³⁵ * S'agissant de l'annulation d'une éviction, la réintégration doit ainsi prendre effet à la date de la mesure censurée.

Voir par exemple, C.E., 7/04/1948, Dlle Gouy, p.587 : l'annulation a "pour effet de replacer l'intéressé dans la situation administrative où il se trouvait avant l'intervention de la mesure contestée".

Pour une espèce plus connue, Cf. C.E., Ass., 27/05/1949, Véron-Réville, p.246 ; *Dalloz* 1950, p.96, note L. Rolland ; *La Gazette du Palais* 1949, 2, p.34, conclusions R. Odent.

* S'agissant de l'annulation d'un tableau d'avancement nécessitant sa réfection *ab initio*, revoir la jurisprudence Rodière précitée.

⁵³⁶ Voir à cet égard la formule traditionnellement employée, qui dit que celui dont la mise à la retraite ou la révocation se trouve annulée "doit être regardé comme n'ayant jamais cessé faire partie du cadre" : C.E., 30/11/1900, Viaud, dit Pierre Loti, p.683.

* Il paraîtrait en outre paradoxal de sacrifier, au nom du principe de non-rétroactivité, l'intérêt du requérant qui est de voir effacer toutes les conséquences de la mesure qui l'a frappé⁵³⁷. Comme l'avait fait observer le commissaire du gouvernement Cahen-Salvador dans ses célèbres conclusions sur *l'arrêt Rodière*⁵³⁸, "la rétroactivité des mesures est ici nécessaire pour rétablir l'avancement moyen, le rythme normal et coutumier" de la carrière de l'intéressé depuis le moment où celle-ci s'est trouvée illégalement perturbée.

* Mais la condition de droit acquis exigée empêche parallèlement le bénéficiaire de la décision de justice de profiter, par le biais de la reconstitution de sa carrière, d'avantages dont l'octroi lui aurait été certainement refusé s'il n'avait pas été victime de l'illégalité sanctionnée. Toute la difficulté, on l'imagine, réside donc dans la détermination de ce à quoi il peut légitimement prétendre, de ce dont on l'a privé à tort. Concernant les avancements d'échelon conditionnés par l'ancienneté, une simple reconstitution arithmétique suffira. Mais c'est dans le domaine des supputations et des conjectures qu'il faudra entrer dès lors qu'on devra restituer les avancements aux choix, et plus encore quand l'agent aurait pu réussir un examen ou un concours de promotion interne : impossible alors d'éliminer une certaine marge d'incertitude, notamment dans la seconde éventualité. Le Conseil d'État n'en a pas moins consacré la prise en compte, en incitant l'administration à s'appuyer sur des données statistiques indicatives⁵³⁹. Malgré ce caractère souvent aléatoire, l'autorité est d'autant plus invitée à la précision dans la restitution des droits du requérant que le juge n'hésite pas à annuler les mesures prises si celles-ci s'avèrent lacunaires⁵⁴⁰, voire à engager la responsabilité de l'autorité refusant d'exécuter correctement le jugement⁵⁴¹.

b) Droit à ce qu'aucun changement de circonstances ne puisse s'opposer à l'intervention de la décision due, ou bien modifier celle-ci

Il n'est pas inconcevable qu'entre la date d'édition de l'acte illégal et celle à laquelle l'autorité est amenée à statuer à nouveau, de nouvelles circonstances de droit ou de fait se soient fait jour⁵⁴². Or, dans les hypothèses qui nous intéressent, où la décision à intervenir doit rétablir la situation dans l'état très exact où elle se trouverait si l'acte annulé n'avait jamais été édicté, seule peut satisfaire à cette nécessité l'application de la législation ou de la réglementation ancienne ; en outre les changements de fait qui ont pu se produire ne doivent en aucun cas entrer en ligne de compte.

* S'agissant de ces derniers, on pense tout particulièrement à la situation du fonctionnaire que l'administration est tenue de réintégrer, mais qui aurait entre-temps atteint la limite d'âge. Il paraîtrait anormal que ce nouvel élément perturbe la reconstitution de carrière à laquelle il peut prétendre du fait de l'annulation de l'éviction illégale dont il avait fait l'objet. Aussi le juge ne considère-t-il pas ce dépassement d'âge comme un obstacle à la réintégration juridique de

⁵³⁷ J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, p.107 : "principe protecteur de la sécurité juridique des administrés, la règle de non-rétroactivité trouve dans cette vocation ses limites mêmes (...) ; elle n'a pas lieu d'être invoquée quand -la rétroactivité- se révèle favorable" à ceux-ci.

⁵³⁸ Conclusions précitées.

⁵³⁹ Sur ces questions, voir notamment la chronique J. Fournier et G. Braibant, *Actualité juridique, Droit administratif* 1956, 2, p.397, à propos des arrêts Caubel (C.E., 13/07/1956, p.697) et Barbier (C.E., S., 13/07/1956, p.338).

⁵⁴⁰ Voir par exemple, pour la sanction d'une non-restitution d'un avancement au choix, C.E., 4/01/1960, Quillot, p.4.

⁵⁴¹ C.E., 3/12/1969, Marche, p.764.

⁵⁴² Cette situation s'avère même très fréquente -pour ce qui est du changement de droit- en matière d'urbanisme, à en croire J.-P. Gilli ("Le refus illégal de permis de construire : quelle sanction ?", *Dalloz* 1991, chr., p.116).

l'intéressé, même si cette dernière prendra évidemment fin à la date à laquelle l'agent aurait dû normalement arrêter son activité⁵⁴³. Il en va exactement de même pour d'autres causes de cessation de fonctions⁵⁴⁴.

Une autre série d'hypothèses montre bien le souci de faire échec le plus totalement possible aux bouleversements de fait : lorsque la composition de commissions consultatives dont l'avis est requis - par exemple pour les avancements au choix - a changé, procéder à la reconstitution exacte de ces organismes s'avère parfois irréalisable (du fait que certains membres sont décédés, ont quitté la fonction publique, etc.). Pourtant, le strict jeu de la rétroactivité impose normalement cette reconstitution, afin que les organismes en cause puissent statuer sur le sort de l'agent irrégulièrement évincé dans les mêmes conditions que si l'éviction illégale n'était jamais intervenue⁵⁴⁵. Le juge s'est donc vu dans l'obligation d'assouplir ici ses exigences, en permettant que, lorsque la reconstitution des organismes se révèle trop problématique, soient consultées les commissions telles qu'elles existent à l'heure de statuer sur la reconstitution de carrière. Mais il n'est pas question que cette tolérance ait des effets néfastes pour le requérant ; c'est pourquoi le juge veille à ce que le nouvel organisme offre des "garanties équivalentes" à celles que présentait l'ancien⁵⁴⁶. Le changement de circonstances de fait doit en effet entraîner le moins de perturbations possibles dans la situation de l'agent qu'on s'efforce de recréer avec précision.

Enfin, on peut relever que le fait que l'agent ait entre temps trouvé un autre emploi ne suspend pas l'obligation de réintégration qui pèse sur l'administration⁵⁴⁷.

* Pour ce qui est maintenant, de l'hypothèse d'un changement de droit applicable, un clivage s'impose :

- Prenons en premier lieu le cas dans lequel le juge a censuré un refus, et constaté le droit du requérant à obtenir l'autorisation qu'il sollicitait⁵⁴⁸. Il serait contraire à la chose jugée et à l'intérêt du justiciable que l'autorité compétente puisse derechef réserver un sort négatif à la demande sous prétexte qu'une modification intervenue entre-temps dans le droit applicable interdit dorénavant la délivrance de ladite autorisation. La juridiction ayant reconnu le bien

⁵⁴³ C.E., S., 31/12/1959, Loubignac, p.727.

Ce dépassement d'âge ne constitue pas un obstacle plus fort à l'exécution de l'annulation d'une sanction ayant frappé le fonctionnaire avant sa mise à la retraite, alors même que l'irrégularité relevée n'était qu'un vice de forme, et que l'administration faisait valoir qu'elle aurait pu dès lors la réitérer sans ladite mise en retraite (C.E., S., 6/06/1952, Sieur Pourcher, p.297, arrêt précité).

⁵⁴⁴ Par exemple du fait de la survenance d'une condamnation faisant obstacle à l'exercice d'une fonction publique (C.E., 1er/02/1963, Dimier ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.640, note V.S.), ou du fait de l'expiration du contrat qui liait l'agent à l'administration (C.E., 13/02/1959, Dlle Fermaud, p.112).

Un cas plus spécifique concerne les emplois à la discrétion du gouvernement : "le gouvernement étant en droit, eu égard à la nature dudit emploi, de lui retirer à tout moment ses fonctions, les droits de l'intéressé -sont- en tout état de cause éteints à la date à laquelle son successeur à été lui-même remplacé par un autre fonctionnaire" (Note V.S. sous C.E., 24/05/1968, Sieur Missa, *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.643).

⁵⁴⁵ Lorsque cette reconstitution est possible, l'administration est tenue d'y procéder. Et dans un tel cas, la circonstance que le mandat des représentants des personnels ainsi convoqués est expiré est sans influence sur la régularité de la procédure : C.E., 24/06/1991, Ministre des postes c/ Pillet, p.1032.

⁵⁴⁶ Voir notamment C.E., S., 13/07/1965, Merkling, p.424 ; *La Revue administrative* 1966, p.146, conclusions G. Braibant ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.183, note V.S. ; et C.E., 27/04/1984, Margail, *Droit administratif* 1984, n°243.

⁵⁴⁷ C.E., 11/02/1987, Commune de Fresnes c/ Schlecht, req. n° 50004, inédit.

⁵⁴⁸ Pour plus de précisions sur ce type de jugements "déclaratifs de droits", se reporter *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

fondé de la demande de permis, aucune autre issue que l'obtention de celui-ci n'est envisageable en exécution de la sentence rendue. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, une délivrance rétroactive paraît nécessaire afin d'éviter ce type de désagrément.

Cette logique a cependant semblé contrariée en matière d'annulation de refus de permis de construire. Le juge censure quelquefois l'opposition de l'administration à une demande en ce sens au motif que le projet présenté était en tout point conforme à la réglementation applicable ; mais le principe auquel s'est toujours conformée la jurisprudence imposait un nouvel examen du dossier au regard de la réglementation en vigueur, et non à la lumière de celle qui était applicable lors de la demande initiale⁵⁴⁹. Certains auteurs ont regretté que la reconnaissance implicite du droit de construire n'engendre pas la solution contraire⁵⁵⁰, dans la mesure notamment où l'état du droit équivalait à permettre à l'administration de temporiser en refusant illégalement un permis, tout en sachant pertinemment qu'un aménagement des règles - bien malléables - d'urbanisme l'autoriserait à rééditer, cette fois-ci régulièrement, sa décision⁵⁵¹. Cependant, la position du juge était si nettement arrêtée qu'il a fallu une intervention législative pour renverser partiellement cette jurisprudence⁵⁵².

Pourquoi la solution *Matelt c/ Perrin* s'est-elle imposée jusqu'alors ? La réponse semble tenir au fait que, dans le domaine considéré et à l'inverse de ce que l'on a pu constater dans le contentieux de la fonction publique, le droit du requérant à l'intervention de la décision à sa date initiale ne se satisfait plus de l'induit : il doit transparaître plus directement du libellé du jugement, être formellement reconnu au justiciable comme c'était le cas dans l'affaire *Ville de Mâcon*⁵⁵³, pour permettre une atteinte au principe qui exige qu'un acte obéisse à la réglementation en vigueur au moment de son édicton. Dans ce cas, le juge reconnaît sans contestation possible que la mesure censurée se trouvait en discordance avec l'application de la règle de droit à laquelle pouvait légitimement prétendre l'intéressé. L'exécution correcte de la chose jugée passe donc nécessairement par l'octroi rétroactif de l'autorisation désirée. Mais nous nous trouvons là dans le domaine des suppositions : la jurisprudence ne s'est en effet jamais encore prononcée sur ce point, étant donné qu'en règle générale, le juge répugne à s'engager de la sorte. Il se contente d'annuler le refus illégal, ce qui, nous l'avons vu, s'avère insuffisant pour renverser le principe classique.

- La règle a été en revanche clairement posée dans le contentieux de la fonction publique. S'agissant des mesures de reconstitution de carrières, *l'arrêt Fontaine*⁵⁵⁴ précise que "lesdites mesures ne peuvent légalement intervenir qu'en application de la législation et de la réglementation en vigueur à la date à laquelle elles devaient prendre effet, et après accomplissement des procédures alors prescrites par ces législations ou ces réglementations".

⁵⁴⁹ Jurisprudence constante depuis l'arrêt C.E., 23/04/1975, *Matelt c/ Perrin*, p.251.

⁵⁵⁰ Voir notamment J.-P. Gilli, *Dalloz* 1991, *art. cit.* p.118.

⁵⁵¹ Voir sur ce point l'exorde de l'article de J.-P. Gilli, "De l'irresponsabilité pour faute" de l'administration qui refuse un permis", *Revue française de droit administratif* 1986, p.470.

⁵⁵² Loi n°94-112 du 9/02/1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction (J.O., 10/02/1994, p.2271), créant l'article L.600-2 du Code de l'urbanisme : "lorsqu'un refus opposé à une demande d'autorisation d'occuper ou d'utiliser le sol, ou l'opposition à une déclaration de travaux régis par le Code de l'urbanisme a fait l'objet d'une annulation juridictionnelle, la demande d'autorisation ou la déclaration confirmée par l'intéressé ne peut faire l'objet d'un nouveau refus ou être assortie de prescriptions spéciales sur le fondement de dispositions d'urbanisme intervenues postérieurement à la date d'intervention de la décision annulée, sous réserve que l'annulation soit devenue définitive et que la confirmation de la demande soit effectuée dans les six mois suivant la notification de l'annulation au pétitionnaire".

⁵⁵³ Jurisprudence précitée.

⁵⁵⁴ C.E., 11/07/1958, p.433 ; *Revue du droit public* 1958, p.1081, note M. Waline.

Cette règle vaut également pour la réfection des tableaux d'avancement⁵⁵⁵. On obtient ainsi l'assurance que la nouvelle décision ne subira pas l'influence des évolutions qu'a connues le droit applicable. L'intéressé ne pourra en conséquence ni éprouver de préjudice du fait de sa révocation illégale, au cas où la réglementation se serait faite plus sévère, ni bénéficier de faveurs difficilement justifiables dans le cas contraire. M. Waline fonde cette règle, dont il approuve la "rectitude juridique"⁵⁵⁶ sur le principe d'égalité entre fonctionnaires : "ce qu'il faut (...), c'est restituer aussi exactement que possible les chances de promotions qu'il aurait eues si ses titres avaient été examinés à l'époque où ils l'auraient été normalement si n'était pas intervenue la révocation illégale, ni plus, ni moins. Cela postule impérieusement l'application des règles de fond et de procédure en vigueur à cette époque à l'exclusion des règles intervenues depuis lors", faute de quoi "l'égalité serait rompue entre l'intéressé et ses collègues". Un autre argument a été mis en avant par le commissaire du gouvernement Bertrand⁵⁵⁷ : "l'application de la loi ou du règlement nouveau lors du redressement d'une situation appartenant au passé serait (...) contraire au principe de la non-rétroactivité des lois et règlements". Ainsi, et paradoxalement, le principe général de la non-rétroactivité contribue à fonder l'exception à celui-ci que constituent les mesures prises en exécution d'un jugement d'annulation !

II - Perturbations du schéma traditionnel

Certaines solutions jurisprudentielles sont irréductibles à la présentation classique. On peut les regrouper en deux grandes catégories :

A. Perturbations "normales" du principe de non-rétroactivité

Le principe de non-rétroactivité, outre l'exception constituée par les mesures prises en exécution de la chose jugée, connaît quelques assouplissements qui ont bien souvent été étudiés⁵⁵⁸. Trois d'entre eux vont nous intéresser :

1 - Il est admis qu'un principe général du droit puisse être tenu en échec par une loi⁵⁵⁹. Aussi n'est-il pas étonnant de voir l'administration déroger à la non-rétroactivité lorsqu'une disposition législative lui prescrivait de statuer à une date déterminée⁵⁶⁰ : si sa décision initiale a été annulée, la mesure s'y substituant sera censée avoir été édictée à la date de la première, et le sera conformément au droit alors en vigueur⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ C.E., 20/01/1950, Cassar et Bouchasson, précité.

⁵⁵⁶ Note précitée.

⁵⁵⁷ Conclusions précitées sous l'arrêt Magnol et Orliac.

⁵⁵⁸ Voir notamment la rétroactivité "permise" étudiée par O. Dupeyroux, La règle de non-rétroactivité des actes administratifs, p.243 s.

Voir également J. Carbajo, *op. cit.*, p.90 à 107.

⁵⁵⁹ C.C., jurisprudence Protection des sites (citée infra).

⁵⁶⁰ Voir par exemple C.E., 5/03/1975, Blin, p.881.

⁵⁶¹ Sur ce point, se reporter *supra* aux développements concernant le nouvel article 600-2 du Code de l'urbanisme créé par la loi du 9/02/1994.

2 - Une autre dérogation au principe de non-rétroactivité se conçoit lorsque la décision initiale n'a été annulée qu'en partie, et que la nouvelle mesure, qui en constitue le complément indispensable, est destinée à s'y incorporer⁵⁶². Cette technique s'apparente à celle du rectificatif ; les dispositions complémentaires sont réputées appartenir à la décision depuis son édicton⁵⁶³.

3 - Il est enfin des cas où l'administration doit procéder à une réfection rétroactive "parce que la nature des choses l'y contraint"⁵⁶⁴. L'arrêt *Ministre de l'Agriculture c/ Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre*⁵⁶⁵ est à cet égard significatif : un arrêté préfectoral fixant l'assiette du régime agricole de sécurité pour une année déterminée ayant été annulé, la régularisation de cette situation passait bien évidemment par l'édicton de mesures rétroactives car l'année en cause était révolue. Il en résultait qu'il ressortissait à l'autorité compétente à l'époque de la première décision, soit un comité départemental des prestations agricoles, de procéder à cette réfection⁵⁶⁶.

B. Perturbations atypiques du principe de non-rétroactivité

Certaines solutions ici présentées ont pu paraître déroger sans raison valable au schéma traditionnel ; mais toutes n'encourent pas cette critique.

1 - Hors du contentieux disciplinaire

Une jurisprudence intéressant les demandes de dispenses du service national au titre de soutien de famille a, de par son laconisme, semblé poser problème. L'arrêt *Ministre de la Défense c / Amar*⁵⁶⁷ décide en effet que, lorsque la précédente décision de la commission régionale compétente pour statuer sur ce type de requête a été censurée par le juge de l'excès de pouvoir, de telles demandes "doivent être réexaminées à la date de la décision annulée (...) eu égard à la nature des questions" qu'elles posent. M. Chapus⁵⁶⁸ relève qu'il s'agit là d'une "formule des moins éclairantes", et voit dans cet arrêt "un cas particulier" de rétroactivité des mesures de réfection. Pourtant, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que le raisonnement suivi par la Section du Conseil d'État n'est pas si atypique qu'on pourrait à première vue le croire. La Haute juridiction relève en effet que "la commission régionale n'a pu légalement dénier à M. Amar (...) la qualité de soutien de famille qui lui avait été reconnue" par le jugement du tribunal administratif ayant annulé sa précédente décision. Il ressort donc de ce considérant que ladite commission était dans une situation de compétence liée pour l'attribution

⁵⁶² C.E., S., 26/03/1965, Magnol et Orliac, précité.

⁵⁶³ Sur cette dernière technique, voir J.-J. Israël, *op. cit.*

⁵⁶⁴ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°892-2.

Cette exception est d'ailleurs admise hors des hypothèses contentieuses, afin de combler un vide juridique : voir par exemple C.E., 7/02/1979, Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques, p.41 ; *Revue du droit public* 1980, p.523, chr. M. Waline : un décret établissant le service de professeurs déjà en activité et qui conditionnait leur traitement "devait nécessairement faire remonter ses effets à la rentrée scolaire".

De la même façon rétroagissent les décisions prises en cours d'année ou de campagne et dont l'effet doit obligatoirement remonter au début de celles-ci. Voir par exemple C.E., 31/10/1991, Syndicat national industriel de l'alimentation animale, p.301.

⁵⁶⁵ C.E., 20/01/1988, p.18.

⁵⁶⁶ En l'espèce, le préfet qui avait voulu mettre en avant un changement de droit postérieur pour prendre lui-même cette décision a vu en conséquence son arrêté censuré pour incompétence.

⁵⁶⁷ C.E., S., 7/12/1979, p.455.

⁵⁶⁸ *Droit du contentieux administratif*, n°898.

de ce statut, et que cette obligation résultait d'un jugement d'annulation. On peut également en déduire, sans extrapolation excessive, que le Conseil d'État a identifié un droit du requérant à l'intervention de la décision à sa date initiale. Le principe d'égalité peut à ce propos être mis en avant dans la mesure où d'autres personnes, dont les situations respectives ont été appréciées au même moment que celle de M. Amar, ont sans doute valablement bénéficié du statut de soutien de famille. Permettre qu'un changement de circonstances vienne perturber cette attribution au détriment du requérant équivaldrait à rompre l'égalité entre celui-ci, qui pouvait légalement prétendre à l'obtention de ce statut à la date considérée s'il n'avait été victime d'une mauvaise appréciation de son dossier, et les autres appelés, dont les droits issus de la décision de la commission se sont déjà cristallisés. Les deux conditions traditionnellement exigées - compétence liée issue d'une décision de justice et droit du requérant à l'intervention de la décision à sa date initiale- étaient par conséquent ici réunies ; le schéma classique n'a en rien été enfreint.

2 - Dans le contentieux disciplinaire

Il semble normal que, dans ce cadre précis, les garanties du requérant soient renforcées, et le principe de non-rétroactivité appliqué avec une rigueur toute particulière. Les arrêts du Conseil d'État ont depuis longtemps posé la règle selon laquelle une sanction ne saurait être rétroactive⁵⁶⁹. Le Conseil constitutionnel lui-même a étendu le principe de non-rétroactivité des lois pénales issu de l'article 8 de la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 "à toute sanction ayant le caractère de punition"⁵⁷⁰. Pourtant, la jurisprudence concernant la reprise d'une sanction à la suite de l'annulation juridictionnelle d'une sanction initiale connaît, à ce sujet, un certain flottement. Le premier arrêt notable se situe après guerre⁵⁷¹ : un agent avait été évincé sous le régime de Vichy pour motifs raciaux. Il aurait légitimement pu prétendre, en vertu des règles précédemment étudiées, à sa réintégration consécutivement à l'annulation de cette sanction ; mais on s'aperçut alors de fautes qu'il avait commises avant son éviction, et le Conseil d'État ne mit aucun obstacle à ce que, eu égard à celles-ci, l'administration procédât à une révocation rétroactive de l'intéressé. Dans le même sens, la Haute juridiction, au travers d'un *arrêt Robinet* rendu le 15 avril 1970⁵⁷², décidera que, "s'agissant de la régularisation de la situation administrative de l'agent, le ministre était fondé à donner à la nouvelle mise en réforme effet rétroactif à la date de la mesure annulée".

De telles solutions s'avèrent à l'évidence incompatibles avec les principes traditionnels commandant les dérogations au principe de non-rétroactivité. Lorsque le juge censure une sanction, il est compréhensible que l'administration puisse parfois la reprendre, en en corrigeant la procédure si l'annulation avait pour base une illégalité externe, ou en la fondant sur d'autres motifs s'il s'agissait d'une annulation au fond. Cependant, dans ces hypothèses, l'administration n'est aucunement contrainte à ce faire ; il ne résulte jamais de la décision de justice qu'elle soit tenue à sanctionner une nouvelle fois l'agent. En outre, on ne pourrait envisager de "droit de l'administration à l'intervention de la sanction à sa date initiale" car le principe de non-rétroactivité protège la personne sanctionnée, et c'est seulement au bénéfice de celle-ci que pourrait jouer une quelconque exception. Rien ne justifie dès lors la dérogation au principe général du droit qui, comme on l'a vu dans *l'arrêt Garçon*, permettrait à l'autorité compétente de

⁵⁶⁹ Voir par exemple C.E., 28/11/1924, Jouzier, p.955.

⁵⁷⁰ Décision n°82-155 D.C. du 30/12/1982, p.88 ; *Revue du droit public* 1983, p.333, commentaire L. Favoreu ; *La Revue administrative* 1983, p.142, note M. de Villiers.

⁵⁷¹ C.E., 24/10/1947, Garçon, p.391.

⁵⁷² *Lebon* p.879.

s'affranchir de son obligation d'exécuter le jugement d'annulation avant de statuer à nouveau dans le même sens. On ne s'étonnera donc pas de l'abandon de la jurisprudence *Robinet* par l'arrêt *Loscos*⁵⁷³ qui impose sans détours le principe de non-rétroactivité en matière de réfection d'une sanction⁵⁷⁴.

Tout semblait ainsi rentré dans l'ordre, jusqu'à l'intervention d'une nouvelle décision, l'arrêt *Dlle Sarrabay*⁵⁷⁵: la requérante, élève maîtresse d'une école normale d'instituteur, en avait été exclue, en raison de l'insuffisance de ses résultats, par décision rectorale. Cette dernière ayant été annulée pour vice de forme, le recteur entreprit de la reproduire, mais en lui conférant un effet rétroactif. L'application de la jurisprudence *Loscos* eût irrémédiablement condamné un tel comportement ; mais le Conseil d'État décida au contraire que le recteur "pouvait légalement faire remonter l'effet -de la nouvelle sanction- à la date même de la mesure annulée", et cela "eu égard au caractère nécessairement rétroactif des décisions à prendre pour régulariser la situation de la requérante"⁵⁷⁶. C'est là, nous l'avons dit, faire une application totalement erronée de la notion de rétroactivité nécessitée par une décision de justice, dans la mesure où aucune des deux conditions de celle-ci ne peut ici être mise en avant. Comme le fait observer M. Pacteau⁵⁷⁷, "il s'agissait sans doute d'éviter de restituer à l'intéressée des droits de scolarité dont elle allait de toute façon être privée légalement". Il n'en reste pas moins que de telles considérations d'opportunité ne sauraient justifier une telle "validation administrative"⁵⁷⁸ attentatoire à un principe aussi fondamental que celui de non-rétroactivité en matière de répression disciplinaire. Il conviendrait donc que le Conseil d'État s'en tienne avec une rigueur constante à la solution dégagée par l'arrêt *Loscos*⁵⁷⁹.

III - Appréciation des effets de la rétroactivité sur la portée de l'annulation

Il convient d'effectuer un *distinguo* :

A. En règle générale, l'effet rétroactif donné aux mesures prises postérieurement à une annulation permet de parfaire la fonction destructive de celle-ci. Ainsi par exemple, pour ce qui est d'une réintégration prononcée à la suite d'une éviction, la décision nouvelle constitue la mesure inverse de l'acte annulé ; nous nous trouvons en conséquence face à l'un des seuls cas dans lesquels l'annulation possède une portée pleinement annihilante⁵⁸⁰. Revêtir la mesure nouvelle d'un effet rétroactif contribue donc à faire disparaître ceux de la précédente⁵⁸¹. Cela s'explique par le fait que l'atteinte consentie au principe qui interdit aux mesures administratives de rétroagir se justifie en particulier, comme on l'a dit, par la nécessité de s'en remettre à l'administration pour donner plein effet à la censure juridictionnelle.

⁵⁷³ C.E., S., 27/05/1977, p.249, précité.

⁵⁷⁴ "L'autorité, lorsqu'elle reprend sur une nouvelle procédure une mesure d'éviction, ne peut légalement donner à sa décision un effet rétroactif".

⁵⁷⁵ C.E., 26/03/1982, p.720 ; *La Revue administrative* 1982, p.389, note B. Pacteau.

⁵⁷⁶ Il est en outre surprenant que la publication de l'arrêt au recueil *Lebon* s'accompagne d'une référence à la jurisprudence *Robinet*, alors que celle-ci avait, dans le même recueil, prétendument été abandonnée en 1977.

⁵⁷⁷ Note précitée.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Les juridictions inférieures semblent pour leur part s'en tenir à la solution *Loscos*. Cf. notamment T.A. Lyon, 8/07/1993, Ardaillon, *Lebon* p.517.

⁵⁸⁰ Voir *supra*.

⁵⁸¹ Ce serait également le cas d'une autorisation rétroactive accordée suite à l'annulation d'un refus qui reconnaissait le droit du requérant à obtenir gain de cause.

B - Il n'en va pas toutefois forcément ainsi pour toutes les hypothèses de rétroactivité, comme nous le démontre l'exemple de la réfection d'un tableau d'avancement annulé. Ici, contrairement à l'hypothèse précédente, la chose jugée n'impose pas la prise d'une décision de contenu prédéterminé : l'autorité administrative pourra ainsi établir un nouveau tableau d'avancement matériellement très proche du précédent, voire identique, notamment si ce dernier avait été simplement censuré pour illégalité externe. Dans ce cas, le fait de conférer un caractère rétroactif à la décision nouvelle lui permettra de se substituer en douceur à la décision initiale. Du point de vue matériel, l'acte annulé n'aura pas un instant disparu de l'ordre juridique. Loin de contribuer à l'action destructive de l'annulation, l'effet rétroactif de la réfection tend au contraire ici à la rendre totalement indolore. Et cette "anesthésie" est encore plus flagrante en ce qui concerne les hypothèses atypiques de rétroactivité : la sanction reprise à l'encontre de Mme Sarrabay, matériellement identique à celle qu'a annulée le juge, pousse le mimétisme jusqu'à prendre effet à la même date que cette dernière !

Au regard de ce qui précède, on conclura donc que l'annulation ne produit pas systématiquement un effet à proprement parler annihilant. L'acte qu'elle frappe se maintient quelquefois, en tant que tel, dans l'ordre juridique, du fait des règles qui gouvernent l'annulation partielle ou en raison de la possibilité d'obtenir l'infirmité du jugement considéré. De surcroît, d'un point de vue normatif, la censure juridictionnelle obtenue en excès de pouvoir n'engendre, à terme, une totale perturbation du droit positif que dans deux hypothèses : lorsque l'administration ne peut ou ne veut reprendre la mesure dont le juge a stigmatisé l'illégalité ; lorsque l'acte de remplacement constitue la mesure inverse de celle qui a été censurée. Hormis ces deux cas de figure assez exceptionnels, l'intervention du juge se solde plus par une régularisation qu'une destruction pure et simple, régularisation paraissant quelquefois si parfaite que l'annulation prononcée n'est plus aucunement sensible. Autant de constatations qui amènent à relativiser la conception classique des effets drastiques de l'annulation, et méritent d'être combinées avec l'étude de l'évolution des conséquences de la déclaration d'illégalité sur l'acte concerné.

SOUS-TITRE II

LA RADICALISATION DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

Un acte reconnu illégal par voie d'exception ne disparaît pas pour autant de l'ordre juridique et, par là même, s'oppose à la remise en vigueur des dispositions qui le précédaient. Telles sont, nous le savons, les deux branches de la maxime qui gouverne traditionnellement la matière. Certaines évolutions jurisprudentielles conduisent cependant à penser qu'on peut aisément contourner cette logique de pérennité. Nous faisons essentiellement référence à deux techniques qui viennent suppléer les faiblesses de la reconnaissance de l'illégalité par voie d'exception, et permettent, pour la première, la disparition de l'acte reconnu irrégulier, pour la seconde, la résurgence de textes dont son existence empêchait l'application. Intéressons nous donc successivement à ces deux possibilités : l'abrogation (Chapitre 1) et la mise à l'écart de la décision irrégulière (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA POSSIBILITE DE FAIRE DISPARAITRE L'ACTE DECLARE ILLEGAL

La constatation par voie d'exception de l'irrégularité d'un acte peut constituer le point de départ d'un processus d'éradication de celui-ci, l'étape ultime résidant dans le prononcé de son abrogation par l'autorité compétente. Le tout est de déterminer si l'administration, à la suite de la reconnaissance juridictionnelle de l'illégalité de la décision en cause, a l'obligation de pratiquer cette abrogation ; or il apparaît, à la lumière de solutions jurisprudentielles récentes, que la tendance est à un très net développement de ce devoir. Une fois cette extension étudiée, on montrera à quel point l'obligation d'abroger peut compléter à bon escient le mécanisme de la constatation incidente d'une irrégularité.

SECTION 1. L'OBLIGATION D'ABROGER LES ACTES ILLEGAUX S'EST CONSIDERABLEMENT ELARGIE

Le problème qui va ici nous occuper s'est initialement posé relativement aux règlements, avant d'intéresser d'autres catégories d'actes ; c'est pourquoi son étude va s'axer, dans un premier temps, autour de ces décisions générales et impersonnelles.

Il est communément admis que l'autorité qui a pris un règlement détient le droit de procéder à tout moment à son abrogation - c'est-à-dire le faire disparaître pour l'avenir, sans répercussion sur les effets qu'il a pu antérieurement produire -, ce en vertu du principe de mutabilité qui s'attache aux actes de cette nature⁵⁸² et qui s'oppose en particulier à la renonciation par avance à cette faculté⁵⁸³. La règle trouve son fondement dans la nécessité d'adaptation des normes aux circonstances qui domine toute l'activité administrative⁵⁸⁴.

Cette compétence discrétionnaire devient-elle liée quand une irrégularité affecte le règlement considéré, et, si oui, dans quelle mesure ? Depuis longtemps, on fait peser sur l'administration une pareille obligation, mais cette dernière a longtemps été non seulement cloisonnée au seul domaine réglementaire, mais également conditionnée par certaines exigences de délais enserrant la demande d'abrogation. Toutefois, il apparaît que la tendance actuelle est à la systématisation de la compétence liée de l'administration, du fait de l'atténuation, voire de la disparition de chacune des deux limites qui l'affectaient. Nous les envisagerons successivement, tout en tentant de cerner l'évolution qu'elles connaissent.

⁵⁸² Ce principe a été constamment affirmé par la jurisprudence.

Voir notamment : C.E., S., 27/01/1961, Vannier, p.60, conclusions J. Khan ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1961, p.74, chronique J.-M. Galabert et M.Gentot ; et C.E., Ass., 01/07/1988, Avesque et autres, p.605, conclusions C. de La Verpillère.

Il connaît cependant une exception notable dans quelques hypothèses rarissimes où une disposition législative s'oppose à une telle possibilité : voir notamment, outre le cas que nous retrouverons de l'article L 123-4-1 du code de l'urbanisme prohibant l'abrogation des P.O.S., C.E., 23/05/1960, Confédération nationale de la Boucherie française, p.353 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1961, p.174.

⁵⁸³ C.E., S, 7/01/1955, Andriamiserana, p.13 ; *Revue du droit public* 1955, p.709, note M. Waline.

⁵⁸⁴ Voir notamment J.-M. Auby, "L'abrogation des actes administratifs", *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.131, note 1.

Paragraphe 1. La généralisation de l'obligation d'abroger un règlement illégal

Il semble ici inutile, tant elles sont connues, de retracer par le menu les péripéties jurisprudentielles et textuelles qui ont émaillé l'histoire du principe obligeant l'autorité compétente à procéder à l'abrogation de ses règlements illégaux. On se contentera donc d'en rappeler les grandes lignes :

I - Les hésitations premières

L'état du droit initial, en matière d'abrogation obligatoire, balançait entre progrès certains, tergiversations, complications et fausses simplifications ; rien n'apparaissait de ce fait réellement satisfaisant.

A. La situation antérieure à 1983

Il y a peu de temps encore, la jurisprudence faisait varier l'intensité de l'obligation selon les types d'hypothèses dans lesquelles se trouvait placée l'administration :

1 - L'obligation la plus large qui pesait sur elle résultait de l'*arrêt Despujol*⁵⁸⁵ qui a sa place à n'en pas douter dans la liste des grands arrêts de la jurisprudence administrative. Le principe dégagé est simple à énoncer : lorsque les circonstances de fait qui ont servi de base légale à l'intervention d'un règlement, ont subi un changement tel que celui-ci n'a plus de raison de rester en vigueur, les personnes intéressées peuvent à tout moment exiger de l'autorité compétente qu'elle procède à son abrogation. Un refus opposé à la satisfaction de cette requête serait entaché d'illégalité.

Cette voie de droit permet d'éviter que, du simple fait de l'expiration du délai contentieux à leur encontre, des règlements ne correspondant plus aux réalités du temps présent ne se maintiennent indûment dans l'ordonnement juridique⁵⁸⁶. La jurisprudence ultérieure, tout en ayant précisé quelques points importants⁵⁸⁷, n'a jamais remis en cause le principe même de l'obligation découlant de l'*arrêt Despujol*. Elle a cependant longtemps veillé à ce que son champ d'application ne dépasse pas les strictes limites du règlement devenu illégal à la suite d'un changement dans les circonstances de fait qui l'avaient légalement motivé⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ C.E., S., 10/01/1930, p.30 ; *Dalloz* 1930, III, p.16, note P.-L. Josse ; *Sirey* 1930, III, p.41, note R. Alibert ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°47.

⁵⁸⁶ La jurisprudence *Despujol* avait ainsi trouvé à s'appliquer en matière d'arrêtés interdisant les manifestations extérieures du culte, lorsque les nécessités de l'ordre public ne justifiaient plus cette interdiction : C.E., 25/01/1933, *Abbé Coiffier*, p.100.

⁵⁸⁷ Notamment le fait que, "dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait", le changement, pour être pris en compte, doit revêtir le caractère d'un bouleversement ne pouvant entrer dans les prévisions des intéressés : C.E., 26/04/1985, *Entreprises Maritimes Léon Vincent*, p.126 ; *La Revue administrative* 1986, p.46, note B. Pacteau.

Il s'agit principalement des domaines économique et fiscal.

Voir respectivement :

- C.E., Ass., 10/01/1964, *Ministre de l'agriculture c/ Simonnet*, p.19 ; *Sirey* 1964, p.234, note J.-M. Auby ; *Revue du droit public* 1964, p.182, concl. G. Braibant, et p.455, note M. Waline.

et - C.E., 30/01/1987, *Gestin*, p.22.

⁵⁸⁸ D'autres changements ne pouvaient être pris en considération (voir par ex. : C.E., 24/04/1968, *Association des anciens élèves de l'Ecole supérieure du bois*, p.842.)

2 - Cela s'explique par le fait que l'obligation devenait plus étroite dès lors que l'illégalité affectant le règlement était le produit d'un changement dans les circonstances de droit, voire l'entachait depuis son édicition :

a) Le premier cas de figure avait été envisagé dans l'arrêt *Despujol* lui-même qui prônait une solution radicale que la jurisprudence antérieure ne devait pas reprendre, à savoir une réouverture du délai de recours pour excès de pouvoir à compter de la publication du texte qui bouleversait les données juridiques initiales et mettait en péril la légalité du règlement en cause⁵⁸⁹. Le droit longtemps applicable en la matière était en fait fixé par l'arrêt *Syndicat national des cadres des bibliothèques*⁵⁹⁰ qui abandonnait l'idée d'une réouverture des délais contentieux, pour lui substituer la possibilité d'exiger, ici encore, de l'administration qu'elle procède à l'abrogation de l'acte illégal⁵⁹¹. Toutefois, contrairement à ce qu'il avait décidé pour les règlements devenus irréguliers suite à un changement dans les circonstances de fait, le juge devait ici limiter l'obligation pesant sur l'administration : l'abrogation du règlement entaché d'une illégalité imputable à l'édiction d'un texte juridique incompatible devait, pour s'imposer à elle, lui être demandée dans un délai de deux mois suivant la publication dudit texte. Cette restriction pouvait paraître discutable : pourquoi subordonner dans un tel cas la contrainte d'abroger à une requête nécessairement présentée dans un si court délai et l'en affranchir dans l'hypothèse pourtant proche consacrée par la jurisprudence *Despujol* ? Il s'agissait en réalité d'une réminiscence du système initialement envisagé par cette dernière et que plus rien ne justifiait désormais.

b) Pour ce qui est des règlements illégaux dès leur édicition, la ligne jurisprudentielle originelle était de reconnaître à l'autorité compétente une simple faculté d'abrogation. La règle fut nettement affirmée par l'arrêt *Coopérative de Belfort*⁵⁹² dans lequel le Conseil d'État, alors même qu'il n'y était pas tenu par les données de l'espèce, fit mention du pouvoir discrétionnaire que détenait à ce propos l'autorité réglementaire. Cette solution, que certains auteurs avaient déplorée⁵⁹³, sembla tout d'abord remise en cause par la décision *Leboucher et Tarandon*⁵⁹⁴ qui posait la règle selon laquelle "l'auteur d'un règlement illégal ou son supérieur hiérarchique, saisi d'une demande tendant à l'abrogation de ce règlement, est tenu d'y déférer". Mais cette nouvelle

De même n'étaient pas susceptibles d'être invoquées dans ce cadre des illégalités viciant l'acte dès son émission (voir notamment en ce sens : C.E., 8/01/1971, U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes, p.11 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.160, note P. Ferrari).

⁵⁸⁹ Voir à ce propos, R.-G. Schwartzenberg, *L'autorité de chose décidée*, p.377.

⁵⁹⁰ C.E., Ass, 10/01/1964, p.17 ; *Sirey* 1964, p.234, note J.-M. Auby ; *Revue du droit public* 1964, p.459, concl. N. Questiaux ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p.150, chr. J. Fourré et M. Puybasset.

⁵⁹¹ Grands paraissaient il est vrai les dangers de ménager l'éventualité d'une disparition rétroactive d'un acte qui avait pu produire de nombreux effets en toute légalité avant la survenance de la modification de son environnement juridique. C'était en outre contraire à la règle d'appréciation de la légalité de l'acte au jour de l'édiction ; sur celle-ci, voir *infra*, Section 2.

⁵⁹² Arrêt précité.

La solution était d'ailleurs implicite dans quelques arrêts antérieurs ; voir par ex. C.E., 12/02/1954, Société Roger Grima et Cie, p.97.

⁵⁹³ Son caractère "peu logique" avait été par exemple dénoncé par J.-M. Auby, (*Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit., p.139). Il paraissait en effet totalement artificiel de maintenir dans l'ordonnement juridique un texte dont l'administration ne pouvait plus faire usage en vertu de la jurisprudence Ponard (Cf. *infra*).

⁵⁹⁴ C.E., 12/05/1976, p.246 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1977, p.261, note M. Ceoara ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1976, p.167, note J. Virole.

tendance vit sa portée presque aussitôt restreinte : par un arrêt de Section du 30/01/1981⁵⁹⁵, le Conseil d'État, contrairement à ce que lui proposait son commissaire du gouvernement, considéra que l'administration n'avait pas commis d'illégalité en refusant d'abroger un règlement définitif originellement irrégulier. Tous les auteurs n'analysèrent cependant pas cette dernière jurisprudence⁵⁹⁶ comme un retour en arrière imputable à la Haute juridiction ; ce fut en particulier le cas de M. Auby, celui-ci y voyant plutôt une précision apportée à l'arrêt *Leboucher et Tarandon*, qui avait omis de mentionner que l'obligation qu'il consacrait ne pesait sur l'administration qu'à la condition qu'elle soit saisie d'une demande d'abrogation formulée dans le délai de recours contentieux⁵⁹⁷. Quoi qu'il en soit, il semble que le Conseil d'État ait redouté de conférer à la solution de 1976 le plein effet que Mme Hagelsteen appelait de ses vœux, et ce sans doute parce qu'il considérait, à l'époque, que "le respect du principe de légalité était assuré de façon suffisante en la matière par la combinaison du jeu de l'exception d'illégalité et de la jurisprudence *Despujol*"⁵⁹⁸. Cette démarche est d'ailleurs à rapprocher de celle suivie en 1964 dans l'affaire *Syndicat national des cadres des bibliothèques* où le Conseil d'État, plutôt que d'avoir à suivre son commissaire du gouvernement qui lui proposait une large reconnaissance de l'obligation d'abroger⁵⁹⁹, préféra appliquer au règlement en cause - qui semblait pourtant illégal *ab initio* - la logique *Despujol*, et limiter celle-ci de la manière que l'on sait s'agissant d'un changement dans les circonstances de droit.

B. La tentative d'uniformisation par le décret du 28 novembre 1983

Dans le but de faire table rase des incertitudes et divergences jurisprudentielles sus-évoquées, fut rédigé l'article 3 du décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers⁶⁰⁰. Ayant compris qu'une protection satisfaisante de la légalité passait par la chute de la condition de délai, qui conditionnait l'utilité de la demande d'abrogation dans les hypothèses de règlement originellement illégal ou devenu tel à la suite de la modification de son environnement juridique, les auteurs de ce texte ont tenté de généraliser le devoir de l'administration de mettre fin à ceux-ci dès qu'on l'exige d'elle. L'article 3 édicte, sans autre précision, que "l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, soit que le règlement ait été illégal dès la

⁵⁹⁵ Ministre du travail et de la participation c/ Société Afrique France Europe transaction, p. 32, concl. M.-D. Hagelsteen ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.245, chr. M.-A. Feffer et M. Pinault ; *Dalloz* 1981. I.R., p.277, obs. P.D. ; *Dalloz* 1982, p.37, note J.-M. Auby.

⁵⁹⁶ Confirmée ultérieurement par : C.E., 17/03/1982, Alexandre et autres, p.520.

⁵⁹⁷ Note précitée.

⁵⁹⁸ Chronique M.-A. Feffer et M. Pinault précitée.

En outre, a été à coup sûr également pris en considération la possibilité de mise en jeu de la responsabilité administrative en compensation des effets produits par le règlement illégal, l'expiration du délai de recours ne faisant pas obstacle à l'introduction d'une telle requête. Voir sur ce point note J.-M. Auby, précitée, *Dalloz* 1982, p.41.

⁵⁹⁹ Conclusions N. Questiaux précitées, p.419 et s.

⁶⁰⁰ J.O., 3/12/83, p.3492.

Les différentes dispositions du décret ont fait l'objet de nombreux commentaires. Les principaux en sont :

- J.-M. Auby, "Le décret du 28 novembre 1983", *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.126.
- P. Delvolvé, "De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux", *Dalloz* 1984, chron. p.137 ; *Revue française de droit administratif* 1984, p.21.
- H. Maisl, C. Wiener et J.-M. Woerling, "Un décret ne fait pas le printemps", *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.126.
- M.-C. Rouault, "Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers", *La Revue administrative* 1984, p.466.

date de sa signature, soit que cette illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date". La reprise des termes du clivage traditionnel dénote clairement un souci d'aligner ces différents cas de figure. Et cet alignement, dans la mesure où la condition de délai de requête n'est pas expressément reprise, paraît devoir s'effectuer sur l'hypothèse qui ignorait une telle condition, à savoir la solution Despujol elle-même (en matière d'illégalité due à un changement dans les circonstances de fait)⁶⁰¹. La question semblait donc réglée, et le Conseil d'État, dans un premier temps, appliqua par trois fois l'article en question⁶⁰². Cependant, tout allait bientôt se compliquer, dès lors qu'un commissaire du gouvernement, M. Chahid-Nourai, à l'occasion d'une affaire où avait vocation à jouer la règle affirmée par le décret, se posa d'office la question de la légalité de celui-ci.

II - La fixation de l'état du droit par l'arrêt Cie Alitalia

C'est l'arrêt d'Assemblée *Cie Alitalia*⁶⁰³, rendu conformément aux conclusions sus-évoquées, qui fixe aujourd'hui l'état du droit. Ce dernier est en substance similaire à celui qu'a tenté d'instaurer l'article 3 du décret de 1983. Mais aucune disposition textuelle ne lui sert plus de fondement direct. En effet, M. Chahid-Nourai, reprenant à son compte certaines remarques déjà formulées par la doctrine⁶⁰⁴, a mis en évidence l'illégalité de cet article : elle résultait notamment du fait que, bien que concernant principalement l'administration d'État, le décret de 1983 avait pour vocation de s'imposer également aux autorités disposant du pouvoir réglementaire au sein des collectivités locales. Or, en vertu du principe de libre administration qui s'attache à ces collectivités (tel qu'il résulte des articles 72 et 34 de la Constitution), l'autorité réglementaire étatique n'était pas compétente pour conférer une portée si grande à la norme qu'elle édictait. L'article 3 du décret présentait donc un caractère irrégulier, ce qui interdisait à la Haute juridiction d'en faire une nouvelle application. Fallait-il pour autant revenir aux subtilités de la jurisprudence antérieure ?

A. Le refus d'un retour en arrière

De nombreux facteurs plaidaient en défaveur d'une pareille tentation :

1 - Ne pas entraver une dynamique indéniable

On peut tout d'abord mettre en avant que la règle posée en 1983, même si elle semblait destinée à modifier certaines des modalités de l'obligation d'abrogation qui avaient été déterminées par la jurisprudence, n'en allait pas moins dans le sens général qui paraissait se dégager de l'évolution de celle-ci, malgré les multiples contradictions dont elle faisait montre.

⁶⁰¹ La plupart des commentateurs de l'article 3 du décret du 28/11/1983 ont partagé ce point de vue. Voir notamment M. Bailly, "L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983", *Revue du droit public* 1985, p.1534 et s.

⁶⁰² Voir en particulier C.E., 20/04/1988, Conseil national de l'ordre des médecins, *Droit administratif* 1988, n°310, arrêt dans lequel est annulé sur la base de cet article un refus d'abroger un règlement illégal.

⁶⁰³ C.E., Ass., 3/02/1989, p.44 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.387, note O. Fouquet ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.391, conclusions N. Chahid-Nourai et notes L. Dubouis et O. Beaud ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1989, p.509, note J. Vergès.

⁶⁰⁴ Notamment par M. Delvolvé, *Revue française de droit administratif* 1984, art. cit. p.30.

Certes, il pourrait être ici souligné la faible importance pratique revêtue par la jurisprudence Despujol, qui était très rarement invoquée du fait de la relative complexité de sa mise en œuvre et recevait classiquement infiniment plus d'applications négatives que positives⁶⁰⁵. Cela se vérifiait d'ailleurs aussi bien pour les illégalités dues à des changements dans les circonstances de fait, qu'à l'égard de celles issues de bouleversements juridiques⁶⁰⁶. Cette constatation ne doit pourtant pas occulter la marche progressive des solutions successivement dégagées par le juge administratif vers une protection de plus en plus totale du principe de légalité, et ce notamment depuis l'adoption de la jurisprudence *Ponard*⁶⁰⁷. Par cet arrêt, le juge a entendu marquer sa désapprobation de principe envers toute application d'un règlement irrégulier par l'administration ; l'interdiction qu'il formule à ce propos⁶⁰⁸ signifie clairement à cette dernière que toute mesure d'application litigieuse serait irrémédiablement considérée comme illégale, et censurée comme telle au cas où elle ferait l'objet d'un recours. Cette logique de l'inapplicabilité - qui, loin de se démentir, s'était accentuée depuis 1958⁶⁰⁹ - débouchait presque naturellement sur celle de la disparition du règlement illégal. Pourquoi maintenir en vigueur artificiellement un texte désormais stérile ? La dynamique de l'abrogation obligatoire a donc été lancée par l'arrêt *Ponard* ; c'est elle qui explique d'ailleurs à n'en pas douter que, même si elle se trouvait dans les deux tiers des cas enfermée dans un délai de deux mois, l'obligation d'abroger n'ait pas été réellement niée dans son principe par le Conseil d'État, qu'il s'agisse de l'hypothèse *Syndicat national des cadres des bibliothèques* ou du jeu combiné des arrêts *Leboucher* et *Tarandon* et *Société Afrique France Europe transaction* tel du moins qu'il ressort de l'analyse de M. Auby précédemment évoquée.

Il aurait en conséquence semblé anormal que le juge, fort de l'expérience des applications de l'article 3 du décret de 1983 avant que ne se soit posée la question de sa légalité, fasse marche arrière, revienne sur ses positions antérieures, et ce d'autant que celles-ci résultaient moins d'une hostilité de principe à l'extension du devoir d'abroger que d'une crainte relative aux perturbations susceptibles de s'en suivre sur le plan pratique ; or cette méfiance s'était justement atténuée au cours des cinq ans d'application de l'article vicié.

⁶⁰⁵ Voir sur ce point la chronique de MM. Tiberghien et Lasserre, *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.441.

⁶⁰⁶ Une des raisons en est que le Conseil d'État s'est toujours montré rétif à admettre que les changements invoqués par les requérants étaient bien de nature à entraîner l'illégalité du règlement concerné. Ainsi, avant 1964, il s'était toujours en pratique refusé à reconnaître fondés les moyens tirés d'une illégalité due à un changement dans l'ordonnement juridique ; parallèlement, il cantonnait les illégalités issues de modifications des faits aux seuls règlements de police. Voir sur ces points *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p.263 et 264.

⁶⁰⁷ C.E., 14/11/1958, p.554.

⁶⁰⁸ L'arrêt décide en effet qu'"il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif". La formule a été reprise telle quelle par des arrêts plus récents. Cf. par exemple C.E., 29/07/1983, *Ministre de l'Urbanisme c/ Austorri*, cité par D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, Litec 1988, p.247, n°396.

⁶⁰⁹ Voir *infra*, jurisprudence *Ah Won* et *Butin*.

2 - La précarité des justifications fondant le système traditionnel

Certains auteurs et commissaires du gouvernement avaient depuis longtemps mis l'accent sur les inconvénients pratiques que présenterait, à leurs yeux, une généralisation du devoir d'abrogation des règlements illégaux⁶¹⁰.

a) Les principales réserves

Elles tournaient autour des trois points suivants :

* On craignait tout d'abord que cela ne crée une gêne préjudiciable à l'action administrative. Du fait de la disparition du texte, l'autorité se trouverait face à un vide juridique dont le comblement pourrait nécessiter un laps de temps assez important.

* On redoutait ensuite une multiplication excessive des recours exercés selon la nouvelle voie de droit qui serait ainsi ouverte. La crainte se fondait sur le grand nombre de textes susceptibles d'en subir les conséquences : on faisait miroiter un risque d'encombrement du prétoire par les réclamations contre les refus d'abroger opposés par l'administration aux innombrables demandes en ce sens.

* On se méfiait enfin des implications que cette radicalisation de la jurisprudence pourrait induire sur d'autres solutions, et notamment sur celle qui estime qu'un requérant est forclos pour contester les dispositions d'un règlement qui se borne à reproduire celles d'un acte antérieur devenu définitif⁶¹¹.

b) La réfutation des principales réserves

Toutes ces défiances à l'égard de la généralisation de l'obligation d'abroger n'étaient plus de mise à la veille de la décision *Alitalia*, et le commissaire du gouvernement Chahid-Nourai va s'efforcer de le démontrer à la Haute Assemblée, balayant, les uns après les autres, les arguments qui avaient jusqu'alors emporté l'adhésion du Conseil :

* Il insiste en premier lieu sur le fait que l'administration dispose, dans le cadre de la jurisprudence *Despujol*, d'un "délai raisonnable" pour abroger l'acte en question⁶¹², ce qui, en tout état de cause, est de nature sinon à pallier, du moins à tempérer le risque de vide juridique, puisque le règlement est censé rester en vigueur jusqu'à ce que l'administration y procède effectivement⁶¹³. On peut en outre ajouter que l'obligation d'abrogation ne prend pas nécessairement la forme d'une éradication pure et simple de l'acte illégal, mais peut se satisfaire d'une simple modification de celui-ci si elle suffit à le rendre conforme à la légalité. Le danger de vide juridique n'est donc pas tel qu'il puisse justifier une quelconque réserve du juge.

⁶¹⁰ Même si cela n'emportait pas forcément leur jugement. Cf notamment les conclusions précitées de Mme Questiaux et de Mme Hagelsteen.

⁶¹¹ C.E., S., 14/10/1955, Union de la propriété bâtie de France, p.481 ; C.E., Ass., 12/10/1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, p.371 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.248.

⁶¹² Conclusions précitées, p.398

⁶¹³ Bien que la jurisprudence Ponard semble s'opposer, comme nous le savons, à toute nouvelle application du texte dont le juge a reconnu l'illégalité.

* M. Chahid-Nourai s'attache ensuite⁶¹⁴ à rassurer le Conseil d'État en relativisant la portée pratique de la nouvelle voie de droit, lui montrant que celle-ci demeure, malgré les assouplissements envisagés, extrêmement conditionnée, que ce soit par l'exigence préalable d'une demande d'abrogation en provenance d'un administré remplissant les critères de l'intérêt à agir, ou par le fait qu'elle n'entraînera pas forcément la disparition de la totalité des textes en cause, mais simplement des seules dispositions visées par la requête. Il en va de même sur le plan contentieux, où il affirme que le risque d'encombrement du prétoire est compensé par "l'économie des nombreuses décisions dites de "séries" - rendues à la suite d'exceptions d'illégalité" fondées sur un règlement irrégulier malheureusement maintenu en vigueur. Mais ce qui, ici, constitue sans doute l'argument déterminant, vient de l'expérience de la juridiction administrative en la matière. En effet, tant avant qu'après l'entrée en vigueur du décret du 28 novembre 1983, on ne saurait affirmer que la demande d'abrogation a constitué une voie de droit privilégiée par les administrés⁶¹⁵. Bien au contraire, tout porte à croire que ces derniers lui préfèrent dès que possible l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir, attirés à l'évidence par les effets plus radicaux qui s'attachent à l'accueil de celui-ci, à savoir la disparition rétroactive de l'acte contesté. C'est ce qui fait d'ailleurs dire à M. Chahid-Nourai que la généralisation du devoir d'abroger, s'il est de nature à entraîner "une réduction certaine de la place effective du recours pour excès de pouvoir", ne devrait pas avoir pour conséquence la marginalisation de ce dernier⁶¹⁶. Son raisonnement a convaincu la Haute Assemblée, qui a compris qu'il fallait raisonner ici en termes de complémentarité et non de concurrence des voies de droit.

* Enfin, et bien que ce dernier point ne soit pas abordé par les conclusions rendues sur l'arrêt *Alitalia*, soulignons que l'argument qui consistait à mettre en avant le risque de mise en cause de certaines solutions traditionnelles n'a que peu de poids eu égard au souci de renforcement de la protection de la légalité dont procède la règle étudiée. Le propre de la jurisprudence n'est-il pas de s'adapter aux nouvelles priorités ? Le mouvement général qui tend à donner plein effet au principe de légalité de l'action administrative ne peut se trouver contrarié par de telles considérations.

B. La consécration de l'obligation d'abroger

Tout plaidait donc en faveur de la règle formulée par l'article 3 du décret de 1983, dont l'illégalité avérée empêchait pourtant l'application : non seulement elle constituait l'avènement du principe de légalité, mais elle permettait également de pallier l'atteinte au principe d'égalité que pouvait induire le système antérieur, l'application du règlement illégal pouvant se trouver, dans certains cas, paralysée par l'engagement d'une procédure d'exception d'illégalité, ou ne connaître, dans d'autres hypothèses, aucun obstacle, pour peu que les administrés intéressés n'aient pas manifesté cette audace⁶¹⁷. Elle ne heurtait en outre aucun principe fondamental, ni celui de la non-rétroactivité des actes administratifs (puisque l'abrogation n'a d'effet que pour l'avenir), ni celui du respect des droits acquis (dans la mesure où l'abrogation - à l'instar de la modification - d'un règlement n'affecte pas les droits auxquels il a pu indirectement servir de base⁶¹⁸).

⁶¹⁴ *Ibid.*, p.399.

⁶¹⁵ Rappelons que l'article 3 du décret n'a été invoqué que trois fois jusqu'en 1989 !

⁶¹⁶ Conclusions précitées, p.399.

⁶¹⁷ Voir sur ce point les conclusions précitées de Mme Hagelsteen sur l'arrêt Société Afrique France Europe transaction.

⁶¹⁸ C.E., S., 19/06/1959, Sieur Villard, p.373.

1 - La technique employée

Le commissaire du gouvernement Chahid-Nourai eut l'idée de requalifier la règle décrétale en principe général du droit. Le principal mérite de cette opération résidait dans le fait qu'elle permettait de remédier à l'illégalité du décret, puisque aussi bien la jurisprudence du Conseil d'État que celle du Conseil constitutionnel admettent que l'obligation qui résulte d'un tel principe peut valablement s'imposer aux autorités locales, même dans le silence de la loi⁶¹⁹. Bien que cela ne se situe pas réellement au cœur de notre propos, il convient de souligner le caractère atypique de cette construction : pour la première fois en effet le Conseil d'État va ériger un principe général du droit dans le seul but de sauver de l'illégalité de son support textuel une règle posée par une autorité réglementaire. Car c'est bien de cela qu'il s'agit ici, même si la Haute Assemblée, sans doute pour des questions de politique jurisprudentielle, voire d'"amour propre"⁶²⁰, a éprouvé le besoin, en décidant que l'article 3 "s'inspirait" du principe qu'elle dégageait, de sous-entendre que ce dernier préexistait au règlement litigieux -ce qui, de toute évidence, était faux⁶²¹. Quoi qu'il en soit, l'important au regard de notre étude est que le Conseil d'État ait admis le principe d'une obligation d'abroger généralisée pesant sur l'administration en matière de réglementation illégale. Et ce principe est d'autant mieux garanti aujourd'hui que, de par sa qualification, seule une loi pourrait désormais le contrarier⁶²².

2 - La portée du principe

a) Le juge administratif ne distingue donc plus selon que l'illégalité à sanctionner est originaire ou provient d'un changement de circonstances postérieur à l'édition de l'acte, pas plus qu'il ne différencie les irrégularités dues à des modifications juridiques ou factuelles⁶²³. La jurisprudence ultérieure en témoigne, qui applique la même règle à ces différents cas de figure⁶²⁴.

⁶¹⁹ Voir respectivement : C.E., 6/07/1977, S.N.I.T.A., p.306 ; et C.C., décisions n° 76-89 et 88-154 (citées par M. Chahid-Nourai).

⁶²⁰ C'est la raison pour laquelle, même si l'arrêt Alitalia ne parle que de "principe", il faut nécessairement entendre par là "principe général du droit".

La solution inverse l'aurait en effet conduite à reconnaître que les applications contentieuses de l'article litigieux antérieurement à 1989 étaient dénuées de tout fondement valable. En outre et surtout, elle l'aurait amenée à s'incliner devant l'intervention de l'autorité réglementaire dont le but avoué était de renverser des solutions jurisprudentielles qu'elle avait cautionnées.

⁶²¹ Sur ce problème de la "fiction de la rétroactivité" du principe général du droit et sur celui de la neutralisation de la portée normative de l'article 3 du décret de 1983, voir note O. Beaud précitée, p.428 et 429. Il convient cependant de souligner que M. Ceoara s'était, dès 1977 (note précitée, p.262), posé la question de la valeur de la règle posée par le Conseil d'État dans l'arrêt Leboucher et Tarandon qui faisait l'objet de son commentaire.

⁶²² Selon la jurisprudence "Protection des sites" du Conseil constitutionnel (décision n° 69-55 L du 26/06/1969 précitée).

⁶²³ Nous ne nous plaçons ici que dans l'optique de la condition de délai exigée une fois l'illégalité avérée. Tout autre est le problème de savoir à partir de quand l'irrégularité est reconnue ; ici, tout portait à croire que les particularités déjà signalées instituées par l'arrêt Simonnet survivaient à la jurisprudence Alitalia, de la même manière qu'elles n'étaient pas remises en cause par l'intervention du décret du 28 novembre 1983 (voir sur ce point les différents commentaires précités de ce décret), et le Conseil d'État a confirmé cette intuition (C.E., 23/03/1994, Aymé Jouve, p.156 ; *Droit administratif* 1994, n°310, observations R.S.).

⁶²⁴ - en matière d'illégalité originelle, voir C.E., 1er/03/1989, Syndicat C.F.D.T. des arsenaux du Val-de-Marne, *Revue du droit public* 1989, p.1488 ; et C.E., 2/03/1992, S.A.R.L. Rabreau, p.102 ;

- en matière d'illégalité due à un changement dans les circonstances de droit : C.E., 26/06/1989, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale, p.152 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.725, obs. X.

b) La chute de la condition de délai qui jouait en matière d'illégalité *ab initio* ainsi que pour l'hypothèse *Syndicat National des cadres des bibliothèques* n'est certes pas affirmée expressément par le considérant de principe de l'arrêt *Alitalia*, mais elle paraît nécessairement induite par les données de ce dernier, ainsi que par celles des différentes espèces rendues ultérieurement en la matière :

* Le Conseil d'État ne fait en effet aucune difficulté à admettre la recevabilité de la demande de la compagnie *Alitalia*, pourtant formulée en 1985, tendant à l'abrogation de règlements devenus illégaux à la suite de l'édiction, en 1977, d'une directive. Dans le même sens, l'arrêt *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale* considère comme liant l'administration un recours gracieux adressé en 1984, sollicitant l'abrogation d'un décret de 1937 contraire au principe d'égalité des sexes et devenu irrégulier à la suite de la promulgation ... du préambule de la Constitution de 1946 !

* Parallèlement, la Haute juridiction a accepté, dans l'affaire *Alitalia*, d'examiner les conclusions portant sur un décret illégal dès l'origine alors même que le délai de recours à son encontre était depuis longtemps expiré ; mieux encore, il a depuis, dans cette hypothèse, annulé un refus d'abrogation⁶²⁵.

Il ne semble donc pas excessif d'affirmer qu'aujourd'hui, pèse sur l'administration une obligation inconditionnée d'abroger ses règlements illégaux sur demande valable en ce sens, quelle que soit la raison de leur irrégularité. Qu'en est-il à présent des décisions administratives qui ne revêtent pas un tel caractère réglementaire ?

Prétot ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.39, concl. M. Laroque ; et C.E., 28/07/1993, Mme Dupuy, p.244 ; *Revue française de droit administratif* 1993, p.1030 ;

- en matière de changements dans les circonstances de fait, le juge n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer directement ; cependant, il s'agit là de la matière qui posait théoriquement le moins de problèmes, dans la mesure où c'est elle qui connaissait, avant l'arrêt *Alitalia*, l'obligation d'abroger la plus large. En outre, l'hypothèse en est incluse dans le considérant de principe inauguré par celui-ci et invariablement repris par la jurisprudence ultérieure.

⁶²⁵ Voir l'arrêt *Syndicat C.F.D.T. des établissements et arsenaux du Val-de-Marne* précité.

Voir également : C.E., Ass., 23/06/1989, *Bunoz*, p.144 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p. 627, conclusions J.-P. Faugère.

Paragraphe 2. L'extension partielle de l'obligation d'abroger aux actes non réglementaires illégaux

Les développements qui précèdent s'axent autour du devoir d'abroger les actes de nature réglementaire ; ceux qui suivent vont s'intéresser à la question de la transposition de la règle posée par l'arrêt *Alitalia* aux décisions ne présentant pas ce caractère. Cette extension a été effectivement opérée par la jurisprudence *Association "Les Verts"*⁶²⁶ ; mais l'élargissement enregistré apparaît doublement limité, tant en regard de la nature des actes qu'il concerne que du point de vue de l'illégalité qui les affecte⁶²⁷.

I - L'extension intéresse les seuls actes non réglementaires non créateurs de droits

L'arrêt *Les Verts* a repris le clivage classique en jurisprudence (depuis notamment le fameux arrêt *Dame Cachet*⁶²⁸) qui oppose actes non réglementaires qui créent des droits et ceux qui n'en engendrent pas.

A. Exclusion traditionnelle des actes créateurs de droits

L'extension de l'obligation d'abroger aux décisions créatrices de droits illégales se heurte traditionnellement au principe d'intangibilité qui protège cette catégorie d'actes⁶²⁹. Répondant à ce souci, plusieurs solutions ont été dégagées qui toutes restreignent la portée d'une irrégularité susceptible d'être ici décelée :

1 - La première, particulièrement remarquable, protège ce type de décisions contre l'instabilité qui pourrait naître d'une illégalité les affectant depuis leur origine. Pour éviter que la sécurité des bénéficiaires ne soit par trop mise à mal, la possibilité d'abroger une décision créatrice de droit n'existe que si les deux conditions posées par la jurisprudence *Dame Cachet* en matière de retrait sont réunies, à savoir que l'acte en cause soit illégal et que le délai de recours contentieux ouvert à son encontre ne soit pas expiré⁶³⁰. On peut d'ailleurs considérer que, saisie d'une demande en ce sens contre un acte réunissant les deux conditions sus-énoncées, l'administration est alors tenue de procéder à cette abrogation, tout comme elle l'est lorsqu'est sollicité un retrait à son encontre⁶³¹. Passé ce délai, seule la cessation des effets de l'acte par l'édition d'un "acte

⁶²⁶ C.E., S., 30/11/1990, p.339 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.114, chronique E. Honorat et R. Schwartz ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.571, conclusions M. Pochard.

⁶²⁷ Nous considérons en effet que l'arrêt *Les Verts* a étendu partiellement le principe dégagé par l'arrêt *Alitalia* aux actes non réglementaires, malgré les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de cette analyse (Cf Y. Petit, "Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux", *Revue du droit public* 1993, pp. 1291 s., et particulièrement pp. 1323/1324). Les différences de libellé qui fondent lesdites critiques apparaissent il est vrai bien légères, notamment pour ce qui est de l'exigence de l'intérêt à agir (dont nous verrons plus loin qu'elle n'est pas exclue par l'arrêt *Alitalia*) ; en outre, le commissaire du gouvernement Pochard a clairement manifesté son intention de voir compléter le principe général dégagé en 1989.

⁶²⁸ C.E., 3/11/1922, p.790 ; *Sirey* 1925.3, p.9, note Hauriou ; *Revue du droit public* 1922, p.522, conclusions Rivet.

⁶²⁹ Pour la détermination des contours de ce principe, voir *infra*, Partie II, Titre préliminaire.

⁶³⁰ Voir par exemple récemment C.E., 29/06/1990, Département du Cantal c/ Arvis, req. n° 74873.

⁶³¹ L'administration est en effet tenue de rapporter un acte illégal créateur de droits non définitif sur recours gracieux, ou si elle est informée qu'un recours contentieux a été intenté contre celui-ci. Voir respectivement (en matière de permis de construire) : C.E., 11/06/1982, Plottet, p.217 ; C.E., 23/02/1979, Maïa, p. 597.

contraire⁶³² répondant aux conditions prévues à cette fin par les textes est envisageable⁶³³, à l'exclusion de toute autre forme d'abrogation⁶³⁴.

2 - La seconde rend en principe tout changement ultérieur de circonstances, qu'elles soient de droit ou de fait, sans influence sur la légalité d'un acte non réglementaire créateur de droits

a) Le principe d'appréciation de la légalité de la décision au jour de son édicton⁶³⁵ joue ici pleinement : dès lors qu'un acte créateur de droits a été régulièrement pris, l'intangibilité qui les couvre empêche normalement toute incidence que pourrait produire sur lui une modification juridique ou matérielle. M. Auby justifie cette solution "par l'idée que la constatation et l'appréciation du motif par l'auteur de l'acte se sont nécessairement placées lors de l'élaboration de celui-ci. Décider autrement devrait donner à une situation (...) nouvelle une portée rétroactive, ce qui est évidemment inconcevable"⁶³⁶. La légalité de ce type d'actes, à l'inverse de celle qui s'attache aux règlements, s'avère donc "statique, localisée dans le temps"⁶³⁷, et seule une disposition législative expressément rétroactive pourrait faire obstacle à ce principe bien établi⁶³⁸.

b) Ces certitudes traditionnelles ont pourtant semblé ébranlées par plusieurs décisions émanant tantôt du Conseil d'État, tantôt de juridictions inférieures ; mais nous tenterons de démontrer que celles-ci s'avèrent bien peu probantes.

* Trois décisions sont ici à mentionner :

- La première, fort ancienne⁶³⁹, mettait en cause un règlement qui avait fixé pour trente ans le montant de la part contributive d'un usinier aux travaux faits sur un cours d'eau. Malgré sa dénomination, cet acte devait s'analyser comme un acte particulier (puisqu'il était relatif au seul usinier en question, et que l'autorité réglementaire ne saurait valablement se lier pour l'avenir sur une telle durée). De plus, on pouvait légitimement considérer qu'il avait créé des droits au profit de ce dernier. Malgré ce double caractère, la Haute juridiction va considérer que "le gouvernement n'en conservait pas moins le droit de modifier, avant l'expiration de la période fixée par le décret initial, le taux et les modalités de participation du propriétaire dans la mesure

Il en va également ainsi en matière d'actes non créateurs de droits illégaux, si une demande de retrait est formulée avant l'expiration du délai de recours (Cf. a contrario C.E., 13/07/1977, Société de gestions foncières et d'études et Dame Farcy de Ponfarcy, p.337).

⁶³² A noter que les notions d'"abrogation" et d'"acte contraire" ont été dissociées par certains auteurs sur ce point précis, la première se traduisant par la disparition de l'acte administratif, la seconde se bornant à en paralyser, modifier ou faire cesser les effets. Lire notamment J.M. Auby, *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit., p.137, note 77.

⁶³³ L'exemple classique réside dans l'"acte contraire" à la nomination d'un fonctionnaire mettant fin à ses fonctions. Qu'il s'agisse d'une mise à la retraite, d'une sanction ou d'un licenciement, cette destitution devra répondre aux conditions de fond et de procédure prévues par les lois et règlements applicables : C.E., 14/06/1912, Wuliet, p.659.

La loi du 11 juillet 1979, notamment, exige la motivation des décisions abrogeant des actes créateurs de droits.

⁶³⁴ C.E., 25/07/1986, Société Grandes Distilleries "Les fils d'Auguste Peureux", p.340 ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.454, conclusions O. Fouquet.

⁶³⁵ Voir *infra*, Section 2.

⁶³⁶ J.-M. Auby, "L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux", *Revue du droit public* 1959, p.431 s, et notamment p.441.

⁶³⁷ *Ibid.*, p.459.

⁶³⁸ Voir O. Dupeyrou, *La règle de non-rétroactivité des actes administratifs* *op. cit.*, p. 111.

Cf toutefois *infra* les développements consacrés à la jurisprudence U.R.S.S.A.F. de Alpes Maritimes.

⁶³⁹ C.E., 10/02/1928, Pechdo, p. 220 ; *Sirey* 1929, III, p.113, note R. Alibert.

où une situation nouvelle rendait cette modification nécessaire en vue de garder à la contribution son caractère proportionnel". L'incidence d'un changement de circonstances sur la légalité d'une décision individuelle créatrice de droits était ainsi admise pour la première fois.

- La deuxième était le fait du Tribunal administratif de Nice. A l'occasion d'une affaire relative à des subventions en annuités accordées à certains syndicats de communes en vue d'alléger les charges d'amortissement des emprunts contractés afin d'exécuter certains travaux d'adduction d'eau potable et d'assainissement, cette juridiction a considéré que ces actes, bien qu'ayant créé des droits, pouvaient être affectés par une évolution des circonstances due au fait que le nombre des abonnés avait augmenté dans une énorme proportion, ce qui créait un déséquilibre entre les conditions initiales dans lesquelles ces actes avaient été édictés et celles qui existaient au moment du litige, qui ne justifiaient plus le recours à un financement complémentaire. Elle a avalisé en conséquence les abrogations et modifications apportées à ces subventions par l'autorité compétente, en posant le principe selon lequel "si, en règle générale, les actes à caractère individuel créateurs de droits devenus définitifs ne sauraient faire l'objet d'une abrogation ou d'une modification dans un sens restrictif, le changement des circonstances de droit ou de fait par rapport à la situation initiale dans laquelle ils sont intervenus peut, à titre exceptionnel, justifier l'abrogation ou la modification pour l'avenir de telles décisions"⁶⁴⁰.

- La dernière est sans nul doute celle qui interpelle le plus le juriste, dans la mesure où elle ne présente pas l'ancienneté de l'arrêt *Pechdo* et où elle a été rendue par le Conseil d'État lui-même. Par un arrêt en date du 8 janvier 1971⁶⁴¹, celui-ci a en effet admis que puisse être retiré l'acte d'approbation des statuts d'une U.R.S.S.A.F. par l'autorité de tutelle, constituant pourtant un acte créateur de droits, si ce retrait se justifiait par un changement de circonstances relatif notamment à la situation financière de l'union, "faisant obstacle au maintien des dispositions antérieures". Pris à la lettre, cet arrêt, à l'instar des deux solutions sus-évoquées, semble étendre la jurisprudence Despujol aux actes administratifs créateurs de droits, puisque, le maintien des mesures initiales s'avérant impossible, "il paraît normal d'en déduire que, sur demande, l'autorité administrative est tenue, dans un tel cas, de mettre fin à l'application de la décision"⁶⁴²; c'est du moins ainsi que l'ont interprété de nombreux auteurs⁶⁴³.

* Aucune des trois solutions évoquées ci-dessus ne permet cependant d'affirmer avec certitude que le Conseil d'État a entendu appliquer de façon générale la théorie du changement de circonstances aux décisions individuelles créatrices de droits :

- s'agissant des deux premières, et outre le fait que l'une soit très ancienne et que l'autre émane d'une juridiction inférieure, il nous faut relever la nature particulière des actes en cause, qui créaient à la charge de l'administration une obligation de longue durée en compensation de travaux réalisés par les bénéficiaires de ceux-ci. Dès lors, et bien qu'il s'agisse de décisions

⁶⁴⁰ T.A. Nice, 27/04/1982, Syndicat intercommunal de la Marana, *La semaine juridique* 1983, éd. G, II, n°19930, conclusions Rouvière.

⁶⁴¹ Arrêt U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes, p.10, conclusions G. Vught ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.160, note P. Ferrari.

⁶⁴² R Chapus, *Droit du contentieux administratif*, édition 1982, n°414-3°, p.258.

⁶⁴³ Outre l'avis de M. Chapus, voir par exemple note J. Barthélémy précitée sous les arrêts Ah Won et Butin ; et les conclusions Rouvière précitées. Si l'on admettait une telle analyse, il faudrait aller jusqu'à considérer, avec M. Barthélémy, que "rien ne paraît s'opposer à ce que la jurisprudence Ah Won et Butin soit elle-même étendue à ce type d'acte" (*Jurisclasseur Dalloz*, "Exception d'illégalité", fascicule précité, n°104.). En effet, si l'on écarte le principe d'intangibilité pour permettre, voire imposer, à l'administration d'abroger une décision individuelle créatrice de droits devenue illégale, on ne comprendrait pas pourquoi ledit principe empêcherait la sanction de cette illégalité par voie d'exception !

unilatérales, on perçoit une certaine parenté entre celles-ci et un acte contractuel, et l'on comprend que les solutions adoptées par le juge administratif aient pu être analysées comme "n'étant pas sans rapports avec la théorie de l'imprévision"⁶⁴⁴.

- s'agissant de la troisième, il nous faut souligner l'incertitude qui pèse sur sa portée⁶⁴⁵. Certes, le libellé de la décision montre clairement que l'acte d'approbation a été considéré par le Conseil d'État comme un acte administratif non réglementaire créateur de droits, même si certains auteurs ont contesté cette qualification⁶⁴⁶. Mais ne peut-on pas considérer avec M. Pochard⁶⁴⁷, du fait de la nature particulière de la décision d'approbation qui n'a d'autre raison d'être que de permettre l'application de l'acte qu'elle intéresse⁶⁴⁸, que "le changement évoqué affectait en réalité les statuts de l'union, soit un acte à caractère réglementaire" ? Quoi qu'il en soit, cette solution, qui correspondait sans doute à un souci du juge de ne point trop lier l'autorité de tutelle une fois son approbation donnée⁶⁴⁹, est restée depuis lors isolée dans la jurisprudence du Conseil d'État, et tout porte à croire qu'elle restera une décision d'espèce, sauf à dénier toute spécificité aux actes non réglementaires créateurs de droits. D'ailleurs, la formulation de l'arrêt "Les Verts" les exclut a contrario du champ d'application du principe qu'il dégage.

B. Inclusion annoncée des actes non réglementaires non créateurs de droits

Les règles qui gouvernent l'abrogation des actes non réglementaires ne forment pas un bloc monolithique. Celles qui viennent d'être exposées ne s'expliquent que par la nécessité d'assurer la stabilité des relations juridiques, même irrégulièrement acquises, intéressant des actes susceptibles d'avoir créé des droits au profit de leurs destinataires. Mais tous les actes non réglementaires n'engendrent pas nécessairement de droits. Nous verrons plus loin dans le détail qu'il existe deux types de décisions de cette nature : actes individuels non créateurs de droits (actes obtenus par fraude, actes intervenus en matière de police, actes se bornant à constater une situation, actes négatifs ...) et décisions d'espèce⁶⁵⁰. Le principe d'intangibilité n'a aucune raison de jouer ici, puisque aucun droit n'est à protéger. Mais peut-on considérer que l'obligation que l'arrêt Alitalia a mise à la charge de l'administration en présence de règlements illégaux vaille également pour ces actes non réglementaires non créateurs de droits lorsqu'ils s'avèrent irréguliers ?

1 - La logique de l'arrêt *Les Verts*

C'est à l'occasion de l'affaire *Association "Les Verts"* que le Conseil d'État devait se prononcer sur ce point. Ce parti politique avait en effet déféré le refus implicite qu'avait opposé le Premier ministre à son recours gracieux tendant à l'abrogation du découpage cantonal, et à son remplacement par un nouvel acte conforme au principe d'égalité, condition que le découpage attaqué ne remplissait plus, selon l'association requérante, du fait des modifications démographiques survenues depuis l'an X (date à laquelle furent pris de nombreux arrêtés qui régissent encore aujourd'hui la matière). M. Pochard, commissaire du gouvernement, a axé ses

⁶⁴⁴ J.-M. Auby, *art. cit.*, p. 433.

Voir également Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, L.G.D.J. 1971, p.174 s.

⁶⁴⁵ Cette incertitude avait été déjà perçue par M. Ferrari dans son commentaire précité, p.164.

⁶⁴⁶ Voir notamment R. Muzellec, *op. cit.*, p.395 s. ; et M.-C. Bergères, *art. cit.*, p.8.

⁶⁴⁷ Conclusions sur l'arrêt *Les Verts* précitées, p. 575.

⁶⁴⁸ Même si elle est juridiquement distincte de celle-ci (lire note P. Ferrari précitée, p.162).

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p.164.

⁶⁵⁰ Pour plus de détails sur ces notions, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II.

conclusions autour de quelques points à résoudre successivement : il démontre tout d'abord que l'acte procédant au découpage des cantons possède une nature non réglementaire, en raisonnant par analogie avec des qualifications jurisprudentielles effectuées dans des matières proches⁶⁵¹. Ecartant ensuite l'hypothèse selon laquelle la décision de procéder ou non à un redécoupage d'une circonscription électorale cantonale représenterait une appréciation purement discrétionnaire du gouvernement insusceptible d'être discutée devant le Conseil d'État statuant au contentieux⁶⁵², il est amené à s'interroger sur l'applicabilité en l'espèce du principe consacré par la jurisprudence *Alitalia*. La réponse positive qu'il apportera sera reprise par la Section du contentieux. Cette logique s'inscrit dans une dynamique jurisprudentielle depuis longtemps amorcée.

2 - L'aboutissement d'un mouvement jurisprudentiel

La formulation de *l'arrêt Alitalia* fait parfaitement ressortir qu'il ne souhaite dégager de principe d'obligation d'abroger qu'à l'égard des règlements irréguliers. Pourtant, à la lumière de la jurisprudence antérieure, leur assimiler sur ce point les actes non réglementaires non créateurs de droits était loin d'apparaître fantaisiste. Plusieurs arrêts avaient en effet ouvert la voie à un devoir de l'administration d'abroger ce type de décisions lorsqu'elles s'avéraient irrégulières :

a) Le régime qui s'attache aux actes non réglementaires non créateurs de droits illégaux semble tout d'abord très proche de celui des règlements irréguliers. Le procédé abrogatif y est en effet très largement admis, beaucoup plus en tout cas que pour ce qui est des décisions créatrices de droits⁶⁵³ : ainsi, l'abrogation de tels actes, qu'ils soient d'ailleurs légaux ou non, demeure possible à tout instant⁶⁵⁴. Il est même des cas dans lesquels l'autorité compétente peut procéder au retrait à toute époque de ceux-ci quand une illégalité les affecte⁶⁵⁵. En outre, il faut relever que le juge permet à l'administration de refuser valablement de les appliquer ou de leur donner plein effet lorsqu'elle prend conscience de leur illégalité⁶⁵⁶. Elle peut parallèlement, dans cette hypothèse, méconnaître sans risque les règles qu'ils posent⁶⁵⁷.

⁶⁵¹ Il se réfère notamment à l'arrêt *Soldani* et autres (C.E., Ass., 26/11/1976, p.508), dans lequel le Conseil d'État avait jugé que le découpage d'un département en trois arrondissements au lieu de deux était un acte non réglementaire (conclusions précitées, p.572).

⁶⁵² *Ibid.*, p.573. M. Pochard se base en particulier sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel imposant le principe de l'égalité des suffrages.

⁶⁵³ Il n'existe plus aujourd'hui de raisons de présenter cette situation comme constituant une exception au principe général que constituerait l'intangibilité de l'acte non réglementaire, présentation pour laquelle avait opté notamment J.-M. Auby (*Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit., p.137). Celui-ci s'appuyait en effet notamment sur la disproportion quantitative qui existait entre les actes individuels créateurs de droits (les plus nombreux), et les autres décisions non réglementaires (concernant des hypothèses assez limitées). Avec le développement des "décisions d'espèce" (voir *infra*), ce déséquilibre à tendance à se résorber, et il n'est plus caricatural de considérer que l'abrogation des actes non réglementaires obéit à deux principes bien distincts et d'importance égale, selon qu'il y a ou non création de droits.

⁶⁵⁴ Voir notamment C.E., 8/12/1961, *Benchenouf Mahmoud Ben Salah*, p.693 ; C.E., Ass., 10/05/1968, *Commune de Brovès*, p.297.

En outre, si l'acte avait fixé un terme à ses effets, l'administration peut ne pas en tenir compte et l'abroger avant l'arrivée de celui-ci (par exemple, en matière d'emplois à la discrétion du gouvernement : C.E., Ass., 22/12/1989, *Morin*, p.279 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.90, chronique E. Honorat et E. Baptiste).

⁶⁵⁵ Voir par exemple, s'agissant de décisions purement recognitives, C.E., S., 15/10/1976, *Buissière*, p.419, conclusions D. Labetoulle ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.557, chronique M. Nauwelaers et L. Fabius.

⁶⁵⁶ C.E., S., 30/06/1950, *Massonau*, p. 400.

b) Le juge a parfois de surcroît expressément admis que l'autorité compétente était tenue d'abroger, de sa propre initiative, un tel acte. Ainsi par exemple, en matière mesures de police - insusceptibles de créer des droits -, l'administration est considérée comme "légalement tenue de mettre fin" aux autorisations accordées en méconnaissance des textes applicables⁶⁵⁸.

Tout laissait donc à penser que le principe dégagé par l'arrêt *Alitalia* était entièrement transposable aux actes non réglementaires non créateurs de droits irréguliers ; la solution "Les Verts" n'a fait que confirmer cette impression. Mais, tout en étendant le domaine de l'abrogation obligatoire, elle lui a apporté une restriction non négligeable dans le domaine nouvellement intéressé.

II - L'extension intéresse les seules illégalités dues à un changement de circonstances

A. Matérialisation de cette restriction

Comme le lui suggérait son commissaire du gouvernement, la Section du contentieux va rejeter au fond la requête des "Verts" dont la rédaction en termes trop généraux ne permettait d'apprécier le bien-fondé. Fidèle à sa technique traditionnelle qui a la mérite d'atténuer l'inévitable rétroactivité des revirements de jurisprudence⁶⁵⁹, le Conseil d'État profite de ce rejet pour déterminer les contours du nouveau principe au terme duquel "il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicition". La simple lecture de cette formule laisse transparaître une différence évidente et essentielle avec celle employée par *l'arrêt Alitalia* : s'il pèse sur l'administration un devoir d'abrogation analogue à celui qu'elle connaît en matière réglementaire (sur demande d'un administré, inconditionné par un quelconque délai, etc.), celui-ci n'existe qu'en présence d'un acte initialement légal, mais dont la régularité a été affectée par la survenance d'éléments matériels ou juridiques ultérieurs ; n'étant pas expressément visés, les actes non réglementaires illégaux dès l'origine se trouvent par ce fait même exclus du principe ainsi arrêté, y compris s'ils n'ont créé aucun droit⁶⁶⁰.

Ce point les rapproche nettement des actes réglementaires, puisque une interdiction semblable est, on le sait, fixée pour ces derniers par la jurisprudence Ponard.

⁶⁵⁷ C.E., 6/11/1968, Société anonyme Olida, p.550.

⁶⁵⁸ Voir notamment C.E., S., 17/07/1953, Sieur Constantin, p.381 ; C.E., S., 2/02/1957, Sieur Dupré, p.77 ; C.E. 29/11/1961, Ville d'Agen, p.668.

⁶⁵⁹ Sur ce problème, voir notamment J. Rivero, "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.15 ; C. Mouly, "Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement", *Les petites affiches*, 4 mai 1994, p.9 ; et T. Bonneau, "Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement", *Dalloz* 1995, chron., p.24.

⁶⁶⁰ Voir en ce sens chronique E. Honorat et E. Schwartz précitée, p.115 : "la décision *Les Verts* ne reprenant pas la formulation de l'arrêt *Alitalia* exclut, a contrario, une telle possibilité pour les actes non réglementaires non créateurs de droits".

B. Les raisons de l'exclusion de l'illégalité originaire

On peut en avancer deux :

1 - Les précédents jurisprudentiels

Dans ses conclusions, M. Pochard mettait tout d'abord l'accent sur le fait que de nombreuses décisions antérieures du Conseil d'État avaient admis l'incidence des changements de circonstances sur la légalité d'actes non réglementaires, notamment en matière de déclarations d'utilité publique⁶⁶¹ et de sectionnements électoraux de communes : dans ce dernier cas, le refus de supprimer un tel sectionnement devenu illégal était depuis longtemps susceptible d'annulation pour excès de pouvoir⁶⁶². De même, l'autorité administrative a l'obligation de révoquer une autorisation de police lorsque son bénéficiaire cesse de remplir les conditions exigibles⁶⁶³ ; il en va de même en matière d'autorisation domaniale si le maintien de celle-ci se révèle incompatible avec les droits des usagers du domaine⁶⁶⁴. A la vue de ces précédents, M. Pochard pensait "que l'extension de -la- jurisprudence *Despujol* aux actes non créateurs de droits, sans avoir été affirmée de façon expresse, est devenue progressivement une réalité, qu'il paraît dès lors possible d'officialiser"⁶⁶⁵. En revanche, l'admission d'une même règle concernant les actes non réglementaires non créateurs de droits dès l'origine ne pouvait se prévaloir d'un tel mouvement jurisprudentiel pour prétendre à une consécration corrélatrice.

2 - La volonté de préserver la spécificité des actes non réglementaires

Nous touchons là à l'argumentation principale du commissaire du gouvernement destinée à justifier la restriction apportée au "principe Alitalia". Celui-ci faisait en effet remarquer au Conseil d'État le souci permanent qui avait habité la Haute juridiction de maintenir une "stricte distinction" entre actes réglementaires et actes non réglementaires. Si l'exception d'illégalité est perpétuelle à l'encontre des premiers, les seconds bénéficient à l'expiration du délai de recours d'une intangibilité qui interdit toute remise en cause, même indirecte⁶⁶⁶. Le commissaire du gouvernement doutait de l'opportunité de renverser ce principe bien établi : cela ne manquerait pas de créer une instabilité juridique, puisqu'on permettrait ainsi la remise en cause d'un acte non réglementaire définitif "pour des raisons qui - pourraient -

⁶⁶¹ Ainsi, par exemple, la prorogation de la déclaration d'utilité publique d'un projet peut être rendue impossible par la perte de ce caractère due à un changement de droit ou de fait postérieur à l'édition de la D.U.P. initiale : C.E., 25/05/1979, Dame Bayret, p.239 ; *La semaine juridique* 1980, n°19297, conclusions B. Genevois ; *Actualité juridique, Droit administratif* octobre 1979, p. 39, chronique Y. Robineau et M.-A. Feffer.

Voir également C.E., 23/02/1983, Poulain, p.609 : recevabilité d'un moyen invoquant, à l'appui d'une demande de modification d'un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une autoroute, le changement de circonstance né de l'inscription à l'inventaire des sites d'un pavillon de chasse situé à proximité du tracé prévu.

⁶⁶² C.E., 19/01/1912, Pons et autres, p.84.

C.E., S., 17/05/1957, Boyer, p.320 : le bénéficiaire d'une autorisation de stationnement de taxi ne justifiant plus des conditions mises à l'obtention d'une telle permission, le maire était "légalement tenu" d'y mettre fin.

⁶⁶³ C.E., 19/01/1912, Pons et autres, p.84.

C.E., S., 17/05/1957, Boyer, p.320 : le bénéficiaire d'une autorisation de stationnement de taxi ne justifiant plus des conditions mises à l'obtention d'une telle permission, le maire était "légalement tenu" d'y mettre fin.

⁶⁶⁴ C.E., 2/05/1963, Ministre des Travaux Publics c/ Commune de Saint-Brévin-les Pins, p.259 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.343, chronique M. Gentot et J. Fourré ; *Revue du droit public* 1963, p.1174, note M. Waline.

⁶⁶⁵ Conclusions précitées, p.576.

⁶⁶⁶ Sur ce principe, voir *infra*, Partie II, Titre préliminaire.

n'être que formelles"⁶⁶⁷. Il en concluait que "l'essentiel est bien évidemment de pouvoir le mettre en cause par suite d'un changement de circonstances de fait ou de droit".

Quoi qu'il en soit, on a assisté ces dernières années à un renforcement considérable et indéniable du devoir d'abroger les actes administratifs illégaux. A nous de démontrer maintenant que cette obligation peut parfaitement se conjuguer avec la reconnaissance d'une illégalité par voie d'exception, pour contrarier de façon tangible la logique de *l'arrêt Bargain* s'opposant à la disparition de l'acte dont le vice est ainsi constaté.

SECTION 2. L'OBLIGATION D'ABROGER PEUT SE COMBINER AVEC L'EXCEPTION D'ILLEGALITE

Le juge est souvent amené à constater incidemment l'illégalité d'un acte administratif. Même si, de ce simple fait, la décision viciée ne disparaît pas *ipso facto* de l'ordonnement juridique, il est tout à fait concevable de faire jouer le principe de l'abrogation obligatoire pour arriver à cette fin. Cette dernière permettra en effet une véritable chute de la mesure reconnue illégale, puisque la jurisprudence admet que l'acte abrogé cesse de recevoir effet pour l'avenir - l'administration ne pouvant plus fonder sur sa base aucun acte individuel ou réglementaire⁶⁶⁸ - et que ses destinataires ne sont plus autorisés à s'en prévaloir. La combinaison des deux procédés obéit cependant à des règles particulières qu'il faudra préciser ; elle n'est, de surcroît, que depuis peu envisageable en matière d'illégalité résultant d'un changement de circonstances.

Paragraphe 1. Les modalités de la combinaison

Bien que la conjugaison des deux procédés étudiés suppose une démarche intentionnelle d'un administré, l'abrogation apparaît comme un complément idéal à la reconnaissance incidente de l'illégalité d'un acte administratif ; et son jeu sera d'autant plus facilité que le juge se montre assez permissif sur les conditions de procédure qui entourent le devoir d'abroger.

I - Une contrainte : le nécessaire relais d'un recours gracieux

L'obligation d'abroger dont nous avons, dans la Section précédente, dessiné les contours, reste conditionnée par l'exigence d'un recours gracieux préalable émanant d'un administré. Cette règle, affirmée avec constance par la jurisprudence⁶⁶⁹, ne connaît guère d'exception significative⁶⁷⁰ ; elle sous-entend qu'à défaut d'une telle démarche, l'administration conserve un

⁶⁶⁷ Conclusions précitées, p.576.

⁶⁶⁸ C.E., S., 16/02/1962, Consorts Bertholet, p.109.

⁶⁶⁹ C.E., 25/05/1973, Sieur Cabanié, p.366. Voir également les conclusions M. Rougevin-Baville sur C.E., Ass., 11/07/1980, Lucas, *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.216.

⁶⁷⁰ Il existe bien une décision Di Nezza et Estrellon (C.E., 28/04/1961, p.262), signalée par le cours du président Odent, qui paraît s'en affranchir en matière d'illégalité due à un changement de circonstances. Cependant, de l'avis même de cet auteur, il s'agit là d'une solution isolée, attachée à une hypothèse particulière de renvoi préjudiciel du juge judiciaire. D'ailleurs la jurisprudence Ah Won et Butin (voir *infra*), si elle fait obstacle à l'application d'un règlement devenu illégal en l'absence de toute demande préalable de l'intéressé, n'impose en rien à l'administration de faire disparaître celui-ci en cas de succès de la requête.

pouvoir discrétionnaire de procéder à l'élimination pour l'avenir de l'acte, et ce même si le vice affectant ce dernier a été dénoncé par le biais d'une exception d'illégalité. Plus encore, quelques arrêts semblent induire que l'autorité qui n'est pas saisie d'une pareille requête a la possibilité de continuer à appliquer le texte litigieux. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt de Section rendu le 25/01/1980⁶⁷¹ : était en cause la disposition d'un décret de 1897 qui accordait aux seules épouses des fonctionnaires servant outre-mer le bénéfice d'un voyage gratuit en métropole, les maris des personnels féminins ne pouvant quant à eux profiter de cet avantage. Ce texte se trouvait bien évidemment en contradiction avec les prescriptions constitutionnelles et législatives ultérieures proscrivant toute discrimination injustifiée à raison du sexe. Le Conseil d'État allait cependant considérer que le requérant, ayant omis de demander l'abrogation du décret de 1897, pouvait encore se faire valablement opposer les règles que le décret vicié avait établies.

Cette exigence de recours gracieux préalable nécessaire pour lier la compétence de l'administration s'explique traditionnellement par deux séries de facteurs :

A. Une solution dictée par des considérations pratiques

On peut tout d'abord mettre en avant la crainte exprimée par le juge de faire peser sur l'administration, au nom du respect du principe de légalité, de trop lourdes sujétions : imposer à l'autorité compétente de s'interroger continuellement sur la légalité de la décision qu'elle applique entraverait à coup sûr l'action administrative et ruinerait la nécessaire stabilité des relations juridiques⁶⁷². Elle ne serait peut-être d'ailleurs pas réalisable à tous les échelons, en particulier à ceux où la connaissance des textes en vigueur se résume à la traduction qui en est faite sous forme de circulaire. Le nombre impressionnant de textes existants s'oppose enfin à la totale disparition de l'exigence considérée⁶⁷³.

B. Une solution dictée par des considérations juridiques

* Ce second point n'est pas à négliger : il consiste dans le désir du juge de subordonner l'engagement d'un éventuel contentieux à l'encontre d'un règlement devenu définitif à la survenance d'une nouvelle décision. En effet, un administré qui sollicite l'abrogation d'un acte illégal et se heurte à un refus exprès ou implicite émanant de l'autorité saisie ne doit pas, lorsqu'il se tourne vers la juridiction administrative pour obtenir gain de cause, demander directement la sanction du texte dont il souhaite la disparition, mais bien celle de la décision de refus qui lui a été opposée. Et sa requête ne sera recevable que dans la mesure où elle a été formée dans le délai de recours contentieux ouvert à l'encontre de ce refus⁶⁷⁴. Est à cet égard explicite l'exemple que nous fournissent les conclusions du commissaire du gouvernement J.-P.

⁶⁷¹ C.E., S., Mme Bouquillard, p.49.

⁶⁷² Un parallèle s'établit à ce propos avec les règles qui gouvernent le retrait des actes individuels créateurs de droits illégaux : pour l'administration ce retrait constitue une simple faculté en l'absence de recours adressé en temps utile : C.E., 2/10/1987, Castel et autres, p.300 ; *Revue française de droit administratif* 1988, p.869, conclusions E. Guillaume.

⁶⁷³ Voir sur ces points les conclusions D. Latournerie sur l'arrêt C.E., S., 5/05/1986, Fontanilles-Laurelli, *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.510.

⁶⁷⁴ Cette condition de délai ne doit pas être confondue avec celle qui résultait des jurisprudences Syndicat national des cadres de bibliothèques et Société Afrique Europe France transaction, délais qui n'intéressaient ici que la demande d'abrogation formulée auprès de l'administration et non la contestation de l'éventuel refus qui solde cette démarche.

Faugère sur l'arrêt *Bunoz*⁶⁷⁵ : celui-ci n'a d'autre alternative, afin d'éviter une fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la demande d'annulation d'un règlement illégal, que d'admettre qu'il convient d'"interpréter les conclusions de la requête" comme tendant à l'annulation d'une décision implicite de rejet d'une demande d'abrogation antérieurement présentée à l'administration. Il est donc clair que l'exigence d'un recours administratif préalable permet ainsi au juge de pouvoir statuer non sur une acte définitif, mais bien sur une nouvelle décision encore susceptible de recours et par là même de nature à lier le contentieux. Elle est d'ailleurs généralement assez bien perçue par la doctrine, qui y voit une règle très peu gênante "car un autre refus peut être attaqué dans le délai, sinon par la même personne (qui pourrait peut-être se heurter à la règle d'irrecevabilité des recours contre les décisions confirmatives), du moins par une autre"⁶⁷⁶.

* Cette construction permet au surplus de faire efficacement intervenir la notion d'intérêt à agir. La question s'est en effet posée, à la suite de l'édition du décret du 28 novembre 1983, de savoir si, l'obligation d'abroger instaurée par l'article 3 de ce texte s'imposant à l'administration saisie de "toute demande" en ce sens, l'autorité réglementaire n'avait pas entendu exclure la nécessité de la prise en compte de l'intérêt à agir comme condition de recevabilité de ladite demande⁶⁷⁷. Il n'était cependant pas interdit de penser qu'aucune raison valable à la suppression totale de la condition d'intérêt ne pouvait être avancée, et que cette dernière devait s'apprécier, dans le cas de la demande d'abrogation du règlement illégal, comme en matière de recours pour excès de pouvoir⁶⁷⁸. Le juge administratif y fait montre en effet d'une telle "compréhension" envers les requérants⁶⁷⁹ que cela paraît suffisant pour assurer une défense satisfaisante de la légalité. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Alitalia*, le commissaire du gouvernement Chahid-Nourai penchait en faveur de cette thèse, insistant, pour rassurer le Conseil d'État, sur le fait que "ce ne seront pas tous les citoyens qui pourront demander l'abrogation, car il est impossible d'envisager l'abandon d'une règle fondamentale selon laquelle n'importe qui ne peut demander n'importe quoi"⁶⁸⁰. Le texte de l'arrêt n'a pas expressément pris parti, mais la simple logique juridique plaide en faveur du maintien de l'exigence de l'intérêt à agir. De deux choses l'une en effet : ou bien l'administration accède à la demande qui lui est présentée par une personne n'y ayant pas intérêt, et l'on se trouve alors dans une hypothèse de pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente ; ou bien elle la rejette et l'administré en cause ne pourra, faute d'intérêt, obtenir l'annulation juridictionnelle de ce refus⁶⁸¹.

Un administré soucieux de voir disparaître un acte que le juge a déclaré incidemment illégal et ayant juridiquement intérêt à cette disparition doit donc prendre la peine d'adresser une demande d'abrogation à l'autorité compétente. Mais une fois ce recours gracieux formé, l'administration ne jouit d'aucune marge de manœuvre.

⁶⁷⁵ Conclusions précitées, p.628.

⁶⁷⁶ J.M. Auby, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, art. cit., p.135.

⁶⁷⁷ Voir en ce sens : P. Delvolvé, *Dalloz* 1984, art. cit., p.145.

⁶⁷⁸ Cette analyse était d'ailleurs celle qui prévalait avant l'intervention du décret de 1983 : se reporter notamment à la chronique précitée de MM. Feffer et Pinault, *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.247.

⁶⁷⁹ Sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre préliminaire.

⁶⁸⁰ Conclusions précitées, p.399.

⁶⁸¹ Le juge vérifie en effet automatiquement que le requérant qui attaque un refus d'abrogation présente bien un intérêt à agir. Pour un exemple, voir les conclusions M. Laroque précitées, *Revue française de droit administratif* 1990, p.40.

II - Une certitude : la disparition de l'acte déclaré illégal

Nous allons ici nous attacher à montrer que l'administré qui s'est astreint à solliciter l'abrogation d'un acte dont le juge a déclaré l'irrégularité est quasiment assuré d'arriver à ses fins. Deux considérations nous poussent à le croire.

A. Coïncidence des actes intéressés par l'exception et des décisions soumises à abrogation obligatoire

Même si ce point verra la plupart de ses tenants développés plus loin, on se doit dès à présent de souligner qu'à partir du moment où l'acte a été reconnu vicié par la juridiction administrative, l'autorité compétente saisie d'une demande tendant à la disparition de celui-ci se trouve pratiquement toujours dans le cadre de l'obligation d'abroger consacrée par les arrêts *Alitalia* et *Les Verts*. En effet, comme nous serons amenés à nous en rendre compte, l'exception d'illégalité intéresse presque exclusivement les règlements et les actes non réglementaires non créateurs de droits⁶⁸², en d'autres termes les deux catégories visées par ces jurisprudences. Un éventuel refus d'abroger un acte incidemment déclaré illégal par le juge serait en conséquence inévitablement annulé.

L'arrêt *Syndicat C.F.D.T. des établissements et arsenaux du Val-de-Marne*⁶⁸³ fournit une excellente illustration de ce mécanisme imparable : le Conseil d'État avait reconnu, à l'occasion d'un litige individuel antérieur, l'illégalité d'une décision interministérielle qui servait de fondement à l'acte attaqué au principal. Le syndicat requérant avait, peu après, formé un recours gracieux auprès des ministres concernés afin qu'ils procèdent à l'abrogation de l'acte ainsi reconnu vicié. Le Conseil d'État, considérant que ces autorités "étaient tenues de faire droit à la demande d'abrogation" en vertu de la jurisprudence *Alitalia*, devait annuler le refus implicite qu'elles avaient opposé à la prétention de la C.F.D.T.

Pour éviter autant que faire se peut d'en arriver à de telles extrémités, le juge a entendu faciliter la tâche de l'administration en simplifiant, en cas d'abrogation obligatoire, les conditions de procédure qui s'imposent à elle lorsqu'il s'agit d'une simple faculté.

B. Facilité de la soumission au devoir d'abroger

Dès qu'on se situe dans le cadre de l'abrogation obligatoire, le juge autorise à l'autorité administrative quelques libertés avec les règles de forme et de procédure classiquement imposées en matière de disparition de l'acte. Toute abrogation doit en effet normalement respecter un certain nombre de formalités, qui vont de la détermination de l'autorité compétente - qui n'est autre, en règle générale, que l'auteur de l'acte lui-même ou son supérieur

⁶⁸² *Infra*, Partie II, Titre préliminaire. En effet, on s'apercevra que le même principe d'intangibilité qui s'oppose à une généralisation du devoir d'abrogation des actes créateurs de droit interdit qu'ils puissent perpétuellement prêter le flanc, à l'inverse en particulier des règlements, à une exception d'illégalité : une fois qu'ils sont devenus définitifs, cette dernière est exclue à leur encontre.

⁶⁸³ Arrêt précité.

hiérarchique⁶⁸⁴ - jusqu'au respect du parallélisme des formes et des procédures⁶⁸⁵. Or, la jurisprudence a admis que, dans l'hypothèse où l'administration était en situation de compétence liée, le fait de passer outre à certaines de ces règles n'était pas de nature à entraîner l'annulation de l'abrogation pratiquée ; elle appliquait ainsi à la matière la théorie des moyens inopérants. Cet allègement du formalisme a été en particulier concrétisé par trois arrêts :

* L'arrêt *Coopérative laitière de Belfort*⁶⁸⁶ a tout d'abord considéré que "la circonstance que - l'autorité compétente- aurait prononcé cette abrogation pour un motif erroné en droit ne saurait, même en la supposant établie, exercer d'influence sur la légalité" de celle-ci.

* Il y eut ensuite la solution consacrée par la décision *Syndicat des taxis gapençais*⁶⁸⁷ qui consiste à rendre inopérant un moyen tiré du non respect du parallélisme des formes. Etait en cause une abrogation prononcée par un préfet dans le cadre d'une compétence liée. Le Conseil d'État, insistant sur ce dernier point, va considérer que l'omission par le représentant de l'État d'une consultation préalable "n'était pas en tout état de cause de nature à entacher d'illégalité l'arrêté pris à cette fin".

* La dernière solution significative en ce sens résulte de l'arrêt *Sieurs Leboucher et Tarandon*⁶⁸⁸, qui permet à une autorité de pratiquer une abrogation obligatoire même si elle est incompétente pour la prononcer.

Autant de permissions de nature à faciliter la connexion entre le mécanisme de l'exception et celui de la disparition non rétroactive de l'acte déclaré illégal. La cohérence entre les deux procédés semble au surplus bien mieux établie aujourd'hui qu'elle ne pouvait l'être jadis, du fait qu'elle se conçoit parfaitement, depuis 1982, en cas d'irrégularité imputable à un changement dans l'environnement factuel et juridique de l'acte, ce qui n'allait pas de soi avant cette date.

Paragraphe 2. Une alliance aujourd'hui envisageable en cas d'illégalité due à un changement de circonstances

Classiquement, on ne pouvait envisager de liaison entre abrogation et constatation de l'illégalité ayant pu affecter sur le tard un acte administratif, parce que la seule irrégularité que pouvait constater le juge par voie d'exception - comme d'ailleurs à l'occasion d'un recours en annulation ou en appréciation de légalité - était l'irrégularité originaire. Il s'interdisait en effet *a priori* de prendre en compte une possible évolution de la légalité des décisions administratives ; ainsi, l'application d'une mesure régulièrement prise ne pouvait-elle pas, en principe, se trouver entravée par le juge, alors même que des changements extérieurs auraient pu faire douter de la persistance de son bien-fondé. Existait de ce fait un hiatus entre le mécanisme de l'exception et

⁶⁸⁴ Sur cette question, voir notamment J. Carbajo, *op. cit.*, p.210 et s.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p.224 ; voir également J.-M. Auby, *art. cit.*, p.133 s.

⁶⁸⁶ C.E., S., 6/11/1959, p.581 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, p.175.

⁶⁸⁷ C.E., 13/07/1962, p.477.

⁶⁸⁸ Arrêt précité.

celui de l'abrogation obligatoire prévue par la jurisprudence *Despujol lato sensu*⁶⁸⁹. L'évolution de la position du Conseil d'État a totalement comblé ce fossé, dont plus rien ne subsiste à l'heure actuelle.

I - La disjonction classique : l'étanchéité des deux procédés

Seul le procédé de l'abrogation obligatoire permettait la prise en compte à part entière d'une illégalité survenue postérieurement à l'édition d'une décision administrative, le mécanisme de l'exception s'avérant quant à lui totalement inapte à sanctionner ce type de situation.

A. L'exclusion de l'"illégalité tardive" du champ de l'exception

On opposait traditionnellement un grand principe au contrôle incident d'une illégalité due à un changement de circonstances ; ce que nous appelons ici "illégalité tardive". Seule une hypothèse résiduelle aurait pu échapper à cette prohibition.

1 - Une mise à l'écart liée au principe de l'appréciation de la légalité d'une décision à la date de son édition

La solution classique s'expliquait par le jeu du principe bien établi qui veut que "la légalité d'une décision administrative (...) s'apprécie au regard des dispositions en vigueur à la date à laquelle elle est prise"⁶⁹⁰. Il découle de cette règle que "la légalité d'un acte administratif se trouve cristallisée au moment où cet acte est pris, et -que- le juge se place exactement dans les mêmes conditions où se trouvait l'administration" pour effectuer son contrôle⁶⁹¹. Plus précisément, la jurisprudence fixe à la date de la signature de l'acte le moment où il importe qu'il soit régulier⁶⁹², même si la détermination de celle-ci engendre parfois quelques difficultés⁶⁹³. Cela implique évidemment que cette légalité soit appréciée au regard des dispositions alors applicables⁶⁹⁴ et eu égard aux circonstances de fait qui entouraient l'acte

⁶⁸⁹ A savoir non seulement celle issue directement de cet arrêt, mais également celle qui résultait de ses développements ultérieurs, et en particulier de l'affaire Syndicat des cadres de Bibliothèques (voir *supra*).

⁶⁹⁰ Formulation traditionnelle, reprise notamment par C.E., 6/03/1989, Société de Bourse Buisson, p.83 ; et C.E., S. 27/05/1994, Braun-Ortega et Buisson, p.264.

⁶⁹¹ J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, n°1064.

⁶⁹² C.E., 29/04/1949, Poussier, p.189 ; et plus récemment, dans une affaire où la solution contraire était pourtant sollicitée, à juste titre semble-t-il, par le commissaire du gouvernement, C.E., S., 19/11/1993, M. Bereciartua Echarrri, p.321 ; *Actualité juridique, Droit administratif*, p.140, conclusions R. Abraham.

C'est ce qui explique notamment que l'irrégularité de la publicité qui s'ensuit soit en principe sans influence sur la légalité de l'acte considéré (voir par exemple C.E., S., 7/07/1967, Office H.L.M. du Mans, p.306).

En outre, les formalités requises sont celles qui existent au moment de la signature de l'acte, alors même qu'elles n'avaient pas été instituées au moment où la procédure administrative a été engagée (voir notamment C.E., 18/11/1955, Andréani, p.551 ; *Revue pratique de droit administratif* 1956, p.25, conclusions Landron).

⁶⁹³ Ainsi par exemple, au cas où un texte institue un recours hiérarchique préalable obligatoire, la légalité de l'acte pris doit s'apprécier à la date à laquelle le supérieur statue, alors qu'il en irait différemment si le recours hiérarchique était simplement facultatif (la date de la décision initiale étant ici à prendre en compte) : C.E., Ass., 1er/02/1985, Association Chrétienne "Les Témoins de Jéhovah de France", p.22 ; *Revue du droit public* 1985, p.483, conclusions F. Delon, note J. Robert.

⁶⁹⁴ C.E., 1^{er}/07/1959, Dame Brunel et autres, p.896.

attaqué "au moment où -il- est intervenu"⁶⁹⁵. Saisi d'une exception à l'occasion d'un recours contre une mesure d'application prise de nombreuses années après l'édition de l'acte-base, un tribunal devrait donc théoriquement s'abstenir de s'interroger sur l'incidence éventuelle de circonstances ultérieures sur la validité de ce dernier.

a) Un principe logique

Il paraît en effet tout à fait normal de fixer à la date de l'édition de l'acte l'appréciation de la validité de celui-ci. Pour M. Chapus, c'est une solution liée au caractère objectif de la question posée au juge, c'est-à-dire au fait qu'il est fait procès à un acte⁶⁹⁶ : dans la mesure où l'administration, lorsqu'elle statue, prend nécessairement en ligne de compte les éléments de droit ou de fait existant à cette date, le juge doit se placer à la même époque quand il lui incombe de contrôler la décision en question. Tout comme serait anormale la considération de circonstances révolues⁶⁹⁷, celle de données postérieures à l'édition de l'acte ne saurait influencer l'appréciation portée par le juge, puisque l'administration n'était pas en principe à même de les connaître et de les intégrer dans l'analyse ayant conduit à la prise de décision. Les moyens tirés de ce qu'un changement de circonstances affecterait la légalité de la décision attaquée sont donc en principe considérés comme dépourvus de toute influence sur la solution du litige⁶⁹⁸. Une circonstance ultérieure ne peut pas plus, à l'inverse, effacer une illégalité initiale⁶⁹⁹. Le principe étudié rencontre ici celui de non-rétroactivité des actes administratifs. Ainsi, de la même manière qu'une décision se fondant sur un texte qui a disparu⁷⁰⁰, manquera de base légale celle qui applique une règle qui n'existe pas encore⁷⁰¹. C'est la même combinaison de principes qui explique que le Conseil d'État ait décidé que la légalité d'une décision de régularisation devait s'apprécier non à la date de la décision qui se trouve régularisée, mais bien à celle de l'émission de l'acte régularisateur⁷⁰².

⁶⁹⁵ C.E., 25/07/1952, Thibault, p. 394, concl. Guionin : pour déterminer si les dissensions au sein d'un conseil municipal revêtaient un degré de gravité tel qu'elles justifiaient l'intervention d'un décret de dissolution, le juge se place au moment où celui-ci a été pris.

⁶⁹⁶ *Droit du contentieux administratif*, n°160. Cela explique en particulier que la solution vaille a priori aussi bien en matière d'annulation que d'appréciation de légalité (directe ou par voie d'exception), puisque la nature des questions posées au juge y est similaire (pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre préliminaire).

⁶⁹⁷ Ainsi, par exemple, l'administration peut légalement délivrer un permis de construire conformément à la réglementation en vigueur au moment où elle statue, alors même que la réglementation était différente lors du dépôt de la demande du permis et ne permettait peut-être pas alors une telle délivrance. C.E., S., 7/03/1975, Commune de Bordères-sur-l'Échez, p.179.

⁶⁹⁸ Cette logique explique par exemple la solution adoptée dans l'arrêt C.E., 27/11/1985, *Ministre de l'intérieur c/ Sadok Hamza*, p.346 : le fait qu'un étranger expulsé pour menace à l'ordre public soutienne "qu'il s'est amendé postérieurement à l'intervention de l'arrêté attaqué (...) est sans influence sur la légalité de cet arrêté".

De même, la légalité du refus, à un résident d'un T.O.M. devenu indépendant, de l'autorisation de souscrire la déclaration de réintégration dans la nationalité française motivé par la circonstance que celui-ci était marié sous un régime polygamique, n'est pas affecté par un engagement ultérieur de l'intéressé à devenir monogame (T.A. Nantes, 23/05/1990, Kanouté ; *Dalloz* 1990, p.601, conclusions M. Bachelier).

⁶⁹⁹ Par exemple, un décret d'extradition illégalement pris (car sans attendre le résultat du recours suspensif en cassation intenté contre l'avis favorable de la chambre d'accusation) ne saurait être corrigé par le rejet ultérieur du recours par la Cour de cassation : solution déduite de l'arrêt C.E., Ass., 8/03/1985, *Alba Ramirez*, p.71 ; *Revue du droit public* 1985, p.1120, conclusions B. Genevois.

⁷⁰⁰ C.E., 24/03/1950, *Syndicat du réseau de transports en commun de la région lyonnaise*, p.197.

⁷⁰¹ Voir par exemple C.E., 24/12/1943, *Ratie*, p.305 : application prématurée d'une loi sans que les règlements d'application n'aient été pris.

⁷⁰² C.E., 12/10/1956, *Syndicat départemental de la boulangerie et époux Simenel*, p.369 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1956.II. p.480, conclusions Lasry.
Voir également J.-J. Israël, *op. cit.*, p.197.

b) Un principe bien assis

Certaines solutions de jurisprudence⁷⁰³ ont pu apparaître comme des tempéraments, voire des exceptions à l'appréciation de la légalité au jour de l'édiction de l'acte. Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'elles s'insèrent assez facilement dans la logique classique.

* Il est tout d'abord des cas dans lesquels des données postérieures à l'édiction de la décision peuvent être prises en compte comme éléments de preuve, notamment en matière de détournement de pouvoir⁷⁰⁴ ou de procédure⁷⁰⁵ et de contrôle des motifs de fait⁷⁰⁶. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception au principe qui nous occupe, dans la mesure où la légalité à apprécier demeure bel et bien celle de l'acte au jour de son édiction, la considération de données ultérieures ne faisant que mettre en lumière sa réalité, ou son absence. D'ailleurs, le juge veille à ce que les éléments tardifs examinés par le juge soient "directement liés" à la situation contrôlée⁷⁰⁷.

* Le deuxième type de pseudo exceptions est le fait d'actes régulièrement rétroactifs, par dérogation au principe général du droit qui prohibe normalement ce procédé⁷⁰⁸. Le juge se doit alors de prendre en considération la portée d'une telle mesure sur l'acte qu'il vérifie, bien que par définition la survenance de celle-ci ne pouvait être connue à la date où l'administration a statué. Il n'y a là ni plus ni moins que la conséquence mécanique de la fiction induite par la rétroactivité, qui veut que la décision revêtue d'un tel effet soit censée être intervenue à une date antérieure à celle de son édiction réelle. L'acte contrôlé peut, de ce fait, perdre *ab initio* tout fondement juridique ; il sera estimé sans valeur, sauf s'il demeure conforme à la règle nouvelle⁷⁰⁹.

* On peut enfin évoquer le cas des mesures que seule justifiait l'existence de circonstances exceptionnelles : lorsque prend fin l'état d'exception, l'application de ces textes devient illégale, et le juge consent à s'intéresser ici non à la légalité initiale de ceux-ci, mais au changement ultérieur qui l'affecte⁷¹⁰. Cela constitue sans conteste une entorse non négligeable au principe

⁷⁰³ Voir parfois de textes : ainsi par exemple l'article 34 de la loi du 31/01/1950 déclarait nulles et de nul effet certaines nominations qui n'avaient pas été publiées au J.O.

⁷⁰⁴ C.E., 2/02/1957, Castaing, p.78 : le détournement de pouvoir invoqué à l'encontre d'une décision ministérielle ayant rejeté une demande de création de pharmacie pour cause de surnombre se révèle par la circonstance que, cinq ans plus tard, le ministre a accordé cette autorisation à un autre pharmacien alors même que les besoins de la population ne s'étaient pas modifiés.

⁷⁰⁵ Voir par exemple C.E., 23/12/1947, Giscard d'Estaing, p.625 : une suspension de fonctions qui se prolonge indéfiniment sans qu'une procédure disciplinaire régulière soit engagée doit être regardée comme équivalant à une révocation déguisée et par suite annulée.

Voir également, en matière de changement de fonctions de fonctionnaires, C.E., 28/06/1946, Terracher ; *Sirey* 1946. 3., p.49, note J. Delpech.

⁷⁰⁶ Ainsi, par exemple, dans l'affaire C.E., 1er/04/1987, Dames Morange et Laforêt, (p.117), l'erreur manifeste d'appréciation du directeur départemental du travail et de l'emploi ayant autorisé un licenciement pour motif économique révélé par "la circonstance que les licenciements de Mme Laforêt et de Mme Morange ont été reportés à une date postérieure de plusieurs mois à celle de l'autorisation".

Pour un exemple récent, voir C.E., Ass., 15/10/1993, Mme Aylor, p.283 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.848, chronique C. Maugué et L. Touvet ; *Revue française de droit administratif* 1993, p.1166, conclusions C. Vigouroux, *La semaine juridique* 1994, n°22257, note P. Espuglas.

⁷⁰⁷ C.E., 29/11/1985, Sarl Grill 13, *Droit administratif* 1986, n°56.

⁷⁰⁸ Voir *supra* ; c'est par exemple le cas d'un acte administratif pour lequel la loi a prévu un tel effet : voir C.E., 5/11/1948, Marican, p.408.

⁷⁰⁹ C.E., 19/03/1948, dame de Saint-Trivier, p.140.

⁷¹⁰ Il accepte de considérer ce changement quelle que soit la nature de la requête qui lui est adressée : moyen soulevé par voie d'exception ((C.E., Ass., 16/04/1948, Laugier, p.161 ; *Sirey* 1948.III. p.36, conclusions M.

étudié, mais la théorie des circonstances exceptionnelles est à ce point spécifique qu'elle légitime diverses libertés par rapport aux règles classiques de la légalité administrative⁷¹¹; l'exception qu'elle emporte à ce propos s'avère, comme toutes celles qu'elle permet, parfaitement circonscrite.

Tel qu'il nous apparaît, le principe d'appréciation de la légalité des actes administratifs à la date de leur émission semblait donc interdire, hormis les hypothèses bien délimitées que nous venons d'énumérer, toute prise en compte de données ultérieures. Une hypothèse échappait cependant à cette logique restrictive.

2 - Une mise à l'écart imparfaite du fait d'un possible emploi de l'exception contre un acte ayant disparu *de facto*

Les changements de circonstances peuvent affecter la légalité de l'acte à des degrés divers⁷¹²; certains d'entre eux laissent naturellement place au procédé de l'exception.

a) Les hypothèses considérées

* Un changement de circonstances peut priver la mesure contestée de toute base légale. Il s'agit essentiellement ici d'évolutions affectant la règle de droit : hormis le cas déjà évoqué de la survenance d'un texte rétroactif, on pense en particulier à l'édition d'une norme dont le contenu s'avère absolument et immédiatement incompatible avec la norme contestée. S'applique ainsi la théorie de l'abrogation implicite, comme nous le démontre la jurisprudence *Guanter*⁷¹³: en l'espèce, un arrêté des consuls du 7 brumaire an IX et la loi du 29 floréal an X donnant compétence au préfet pour établir des bureaux de pesage publics ont été jugés "inconciliables" avec l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 confiant aux conseils municipaux le pouvoir de créer les services publics communaux, ce qui a amené le Conseil d'État à les considérer "comme implicitement abrogés". Mais cette théorie s'avère strictement encadrée, et ne sera pas retenue si l'acte initial n'est pas véritablement incompatible avec la nouvelle mesure⁷¹⁴.

* On peut rapprocher de cette hypothèse les cas dans lesquels la norme qui servait de base légale au règlement en cause a disparu : fréquemment, par exemple, l'abrogation d'une loi prive de fondement ses règlements d'application⁷¹⁵, même si, comme l'observe M. Odent, ladite abrogation est, "chaque fois que cela est possible, interprétée comme laissant subsister la réglementation prise sur le fondement du texte ancien jusqu'à l'entrée en vigueur de la

Letourneur ; et C.E., S., 17/01/1955, *Andriamisera*, p.13 ; *Revue du droit public* 1955, p.709, note M. Waline ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1955, II, p.89, note M. Long) ; recours en appréciation de légalité (23/06/1965, S.A.R.L. Besse et Cie, p.382). En revanche, si un recours en annulation était encore possible, celui-ci ne pourrait aboutir dans la mesure où la légalité de l'acte n'est pas affectée *ab initio*.

⁷¹¹ Comme l'a montré L. Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, L.G.D.J. 1962.

⁷¹² Voir sur ce point la typologie -dont nous allons nous inspirer- établie par Mme Questiaux dans ses conclusions sous la jurisprudence précitée Syndicat national des cadres de bibliothèque, *Revue du droit public* 1964, p.459.

⁷¹³ C.E., 1er/04/1960; *Sirey* 1960, p.239, note Sirat.

Pour un autre arrêt employant l'expression, voir C.E., Ass., 5/05/1961, Ruais, p.299 ; et pour un cas récent de reconnaissance d'abrogation implicite : C.E., 10/02/1995, Commune de Fontaine-sur-Ay, req. n°137560.

⁷¹⁴ Voir par exemple C.E., 6/02/1981, Ministre de l'Agriculture c/ Mme Pigeon, p.54 ; *Dalloz* 1981, I.R., p.280, obs. P. Delvolvé.

⁷¹⁵ Cette implication est en principe automatique. Voir par exemple : C.E., 11/01/1957, Delprat, p.25.

réglementation établie pour l'application et sur le fondement du texte nouveau", et cela "afin d'éviter qu'il ne se crée un vide juridique"⁷¹⁶.

b) Des hypothèses tolérant par nature le mécanisme de l'exception

La jurisprudence *Guanter* a consacré la permission de suivre la voie de l'exception d'illégalité dans les cas considérés. Le juge, amené à statuer sur la régularité du règlement qui sert de base légale à la mesure directement contestée, ne pourra que constater que celui-ci ne fait plus partie des règles de droit en vigueur : l'abrogation implicite, pareillement à l'abrogation prononcée, se suffit à elle-même et possède une pleine effectivité alors même que la procédure prévue par la jurisprudence *Despujol* n'a pas joué. Le principe de l'appréciation de la légalité de l'acte au jour de son édicton ne saurait ici constituer un quelconque obstacle dans la mesure où le juge est dispensé de répondre à cette interrogation, l'acte litigieux ayant purement et simplement disparu de l'ordonnancement juridique⁷¹⁷.

Hormis cette hypothèse somme toute résiduelle, on réservait plutôt la sanction des illégalités tardives au mécanisme d'abrogation obligatoire mis en place par la jurisprudence *Despujol*.

B. Le monopole conféré au mécanisme de l'abrogation obligatoire pour sanctionner l'"illégalité tardive"

Afin d'éviter la pérennisation de textes dont l'ancienneté engendre une inadaptation confinante parfois à l'obsolescence⁷¹⁸, la jurisprudence administrative a depuis longtemps posé le principe de l'adaptation des actes réglementaires aux circonstances⁷¹⁹. C'était ouvrir la porte à l'idée qu'un règlement originellement légal pouvait pâtir de l'évolution de la règle de droit ou de données de fait, idée que devait assez rapidement consacrer l'arrêt *Despujo*⁷²⁰. Comme le fait

⁷¹⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, p.434 ; Cf également J. Carbajo, *op. cit.*, p.188.

Pour un exemple jurisprudentiel, voir C.E., 19/04/1968, S.C.I. du Hable d'Ault, p.245.

⁷¹⁷ L'adoption de la jurisprudence *Ah Won* et *Butin* (à laquelle il va immédiatement être fait référence) a soulevé un problème concernant ces hypothèses spécifiques. Certains se sont demandé si celle-ci n'avait pas obstrué cette voie dans la mesure où, en l'espèce, comme nous allons nous en apercevoir ci-après, le Conseil d'État ne s'est pas borné à constater explicitement l'abrogation implicite du règlement litigieux par l'adoption de la constitution de 1946. MM. Tiberghien et Lasserre (chronique précitée, p.443) ont répondu par la négative à cette interrogation, en mettant en avant qu'en l'occurrence, le Conseil d'État avait d'une part été tenu par la question préjudicielle qui lui était posée (la Cour de Cassation, qui détenait elle-même le pouvoir de constater l'abrogation implicite, avait, en renvoyant l'affaire au juge administratif, contraint celui-ci à ne pas adopter un tel raisonnement), et d'autre part été conduit, par son commissaire du gouvernement, à considérer que les conditions de l'abrogation implicite n'étaient pas remplies (conclusions précitées, p.340). Rien n'interdit donc de penser qu'à l'avenir, dans des circonstances plus favorables, le juge pourra constater par voie d'exception qu'un règlement a disparu de l'ordonnancement juridique de par la seule édicton d'une norme postérieure se révélant manifestement inconciliable avec lui.

⁷¹⁸ Voir notamment sur ce point les conclusions G. Braibant précitées sous l'arrêt *Simonnet* (*Revue du droit public* 1964, p.190) à l'occasion desquelles le commissaire du gouvernement mettait en garde le Conseil d'État contre le risque de "sclérose administrative" et d'"anachronisme juridique" que ferait courir une application aveugle du principe d'appréciation de la légalité d'une décision au jour de sa signature.

⁷¹⁹ C.E., 6/12/1907, *Cie des Chemins de Fer de l'Est* et autres, p.913 : reconnaissance du droit du gouvernement "d'apporter au règlement primitif les modifications que l'expérience ou des circonstances de droit nouvelles ont révélé comme nécessaires (...)".

⁷²⁰ Voir *supra* ; dans sa note précitée, Alibert voyait, au travers de cet arrêt, la consécration de l'idée selon laquelle "l'évolution des faits et des nécessités entraîne celle de la légalité" (*Sirey* 1930.3., p.42).

remarquer en effet M. Auby, le règlement constitue "un acte général et permanent, susceptible d'un nombre indéfini d'applications individuelles, et il est anormal d'en concevoir le maintien lorsque les circonstances qui le justifient légalement ont disparu"⁷²¹. Un assouplissement du principe d'appréciation de la légalité à la date de l'édition de l'acte s'avérait donc ici nécessaire, puisque seule la prise en compte d'éléments postérieurs permet de se faire une idée exacte de la conservation de la régularité du règlement en cause⁷²². Mais, avant 1982, il semblait qu'on ne pouvait se prévaloir l'illégalité due à un changement de circonstances (outre les cas d'abrogation implicite) que dans le but d'obliger l'administration à abroger le règlement devenu illégal, et non par le biais d'une exception d'illégalité⁷²³. Une fois déterminé le champ exact de ce monopole initial, nous en chercherons les raisons et vérifierons sa réalité.

1 - Le domaine du monopole

a) Limites

Pour éviter tout dérapage, on avait soigneusement délimité le champ d'action du mécanisme initié par l'arrêt *Despujol* et affiné par ses développements ultérieurs :

* Rappelons tout d'abord que ce procédé ne jouait à l'origine qu'à l'égard des actes réglementaires, la protection particulière dont jouissaient les actes ne revêtant pas ce caractère, du fait de leur capacité présumée à créer des droits, prohibant toute remise en cause fondée sur des données postérieures à la date de leur édition⁷²⁴. C'est ce même souci de sécurité juridique qui limite le pouvoir du juge à obliger l'administration à faire disparaître un règlement pour l'avenir : "le changement de circonstances est sans incidence sur les effets passés du règlement et ne peut entraîner une nullité rétroactive"⁷²⁵.

* Il faut souligner ensuite qu'un type particulier de circonstance ultérieure ne suffit pas, à lui seul, à justifier le jeu de la procédure *Despujol* : nous voulons parler du simple fait que le règlement en cause n'ait plus, depuis longtemps, reçu application. L'idée de désuétude n'est pas admise en droit public français, ni par la doctrine⁷²⁶, ni par la jurisprudence⁷²⁷, pas plus que ne l'est celle d'usage contraire à un texte⁷²⁸.

b) Composition

Le domaine réservé à la procédure de l'abrogation automatique se compose des cas dans lesquels "la contradiction entre la réglementation en vigueur et le nouvel état de droit ne va pas

⁷²¹ L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux, *art. cit.*, p.431.

⁷²² Ce raisonnement ne vaut bien sûr que pour ce qui est des motifs d'un règlement, et non pour les autres éléments qui déterminent la légalité de l'acte (questions de compétence, procédure, forme et but de l'acte) dont le contrôle ne peut s'effectuer qu'à la date de l'émission de celui-ci.

⁷²³ Comme devait l'exprimer en effet le commissaire du gouvernement M. Rougevin-Baville dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 11/07/1980 "Lucas" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.216), il n'était alors "nullement évident que l'on puisse invoquer la jurisprudence *Despujol* par voie d'exception".

⁷²⁴ Voir *supra* ; et par exemple C.E., 10/11/1967, Tixier, p.421.

⁷²⁵ J-M Auby, *art. cit.*, p.459.

⁷²⁶ Pour une présentation panoramique du problème, lire notamment G. Gonzalès, "La caducité des actes administratifs unilatéraux", *Revue du droit public* 1991, p.1675 s. et notamment pp. 1693 à 1697.

⁷²⁷ Voir notamment C.E., S., 22/01/1932, Ligue des riverains de l'Œuf, p.88 ; et C.E., 3/05/1963, Ministre des travaux publics c/ Dame Boudet, p.264 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.489.

⁷²⁸ C.E., 23/01/1974, Viot et autres, p.52.

jusqu'à entraîner une abrogation automatique"⁷²⁹. Le hiatus existant entre les deux normes est ici moins patent, moins immédiatement mesurable, le degré d'incompatibilité plus faible qu'en matière d'abrogation implicite.

* Il faut bien sûr raccrocher à cette hypothèse celle de l'évolution des circonstances de fait, dont le jeu affecte la régularité des règlements de manière naturellement diffuse et progressive⁷³⁰ : ainsi par exemple, la légalité d'un arrêté préfectoral concernant le repos hebdomadaire d'une catégorie professionnelle, pris après avis des intéressés, peut se voir affecter par un changement matériel susceptible de modifier l'opinion de la majorité d'entre eux sur l'aménagement du repos par rapport à la manière dont elle s'était exprimée initialement⁷³¹.

* Une autre hypothèse, dont les contours sont plus difficiles à dessiner, ne doit pas pour autant être occultée : un acte légal à l'origine peut, du fait d'une modification dans l'état des esprits ou des mœurs, ne plus correspondre aux valeurs qui imprègnent désormais la société et apparaître dès lors comme une anomalie juridique⁷³².

C'est dans ces différents cas de figure que la jurisprudence *Despujol* - dans la mesure où elle autorise la prise en compte d'un changement de circonstances - revêtait tout son intérêt. Seule celle-ci permettait en effet au juge de sanctionner indirectement (par l'annulation du refus d'abroger) l'irrégularité issue d'une simple évolution de l'"ambiance" juridique ou factuelle, en faisant fi du principe imposant l'appréciation de la légalité d'un texte à son origine.

2 - La raison du monopole

Compte tenu du principe de l'appréciation de la validité de l'acte à la date de son édicton, le refus éventuel de l'autorité compétente de procéder à l'abrogation de celui-ci était seul capable, en cas d'illégalité due à un changement de circonstances, à donner prise à un contentieux. M. Bacquet⁷³³ l'explique fort bien : "dès l'origine, la contestation de la légalité d'un règlement par le moyen tiré du changement de circonstances est apparue strictement liée, en termes de procédure, à la présentation préalable à l'administration d'une demande d'abrogation dudit règlement : le rejet de cette demande, attaqué dans le délai par l'administré, fait naître un litige nouveau et actuel qui fournit au juge (...) l'occasion de se prononcer sur la légalité du maintien en vigueur du règlement critiqué". Il ne s'agit pas alors pour la juridiction d'apprécier directement la légalité du règlement au détriment du principe qui empêche théoriquement de tenir compte de circonstances ultérieures à son édicton, mais plutôt de contrôler la régularité du refus d'abrogation à la date de son prononcé. Avec ledit refus se pose directement la question du maintien de la légalité du règlement en cause, facteur qui fait défaut en matière d'exception d'illégalité : si cette dernière se greffe elle aussi sur un contentieux actuel - celui qui concerne la mesure d'application du règlement considéré -, elle ne paraît pas de nature à autoriser aussi

⁷²⁹ Conclusions N. Questiaux précitées.

⁷³⁰ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la demande d'abrogation n'a, dans ce cas, avant comme après la jurisprudence *Alitalia*, jamais été enfermée dans un quelconque délai, à l'inverse d'un changement dans les circonstances de droit. Voir *supra*, et note J.-M. Auby précitée (*Sirey* 1964, p.238) : la différence de traitement entre les changements de faits et les changements de droit résultait selon lui de la possibilité, dans cette dernière hypothèse, "de localiser exactement dans le temps le point de départ des circonstances nouvelles".

⁷³¹ C.E., 1er/04/1936, Syndicat des épiciers détaillants de Toulouse, p.435.

⁷³² La question n'est pas nouvelle ; elle s'est notamment posée s'agissant de la notion d'ordre public que menaçaient les cérémonies extérieures du culte : C.E., 9/01/1929, Abbé Pecharmant, *Dalloz périodique* 1929, III, p.55, note P.-L. Josse, 2^{ème} espèce.

⁷³³ Conclusions précitées sur les arrêts *Ah Won* et *Butin*, p.837.

clairement le juge à passer outre au principe qui impose l'appréciation de la validité de celui-ci au jour de son édicton.

3 - La réalité du monopole

Il convient en premier lieu de remarquer qu'avant la fixation de la jurisprudence *Despujol*, le Conseil d'État avait parfois semblé admettre la possibilité de contester incidemment une irrégularité tardive, même si sa jurisprudence témoignait alors de nombreuses hésitations⁷³⁴. Mais l'orientation ultérieure de la jurisprudence vers l'obligation d'abrogation portait cependant à croire que le Conseil d'État était revenu sur cette tendance première, et lui avait fermé la voie au profit du système initié par l'arrêt *Despujol*. Seule en effet une décision avait semblé reprendre le raisonnement initialement tenu⁷³⁵, mais de l'avis général, l'isolement de celle-ci, conjugué au fait qu'elle ait été rendue dans une hypothèse de renvoi préjudiciel de l'autorité judiciaire, lui ôtait tout caractère décisif⁷³⁶. Ainsi, l'idée dominante était que le juge, qui avait réussi à concilier "non sans élégance"⁷³⁷, par l'entremise de l'appréciation de la légalité d'un refus d'abroger, la nécessité du contrôle du changement de circonstances avec le principe général qui s'y opposait *a priori*, avait entendu conférer une exclusivité à cette procédure.

Pourtant, le Conseil d'État devait revenir au début des années 80, sur cette présentation traditionnelle en jetant un pont entre abrogation obligatoire et exception d'illégalité en matière d'irrégularité résultant d'un changement de circonstances.

⁷³⁴ A l'occasion par exemple d'un arrêt Abbé Retailleau d'un an antérieur à la solution *Despujol* (C.E., 26/02/1929, p.108 ; *ibid.*, 4^{ème} espèce.), le Conseil d'État avait certes opposé une fin de non recevoir à une requête dirigée contre un règlement du fait de l'expiration du délai de recours, mais en sous-entendant qu'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité du juge pénal lui aurait au contraire permis d'examiner si ledit règlement était demeuré légal. L'arrêt précise en effet à ce propos qu'une telle procédure "pourrait permettre au juge de l'excès de pouvoir d'examiner actuellement la légalité" du règlement. La Haute juridiction avait d'ailleurs procédé quelques années auparavant, dans certains arrêts, à une "appréciation contemporaine des faits", au détriment des circonstances existant lors de l'émission de l'acte (C.E., 20/03/1925, Abbé Pouzineau, p.289 ; et C.E., 1er/07/1925, Abbé Vallez, p.625), tout comme elle sembla ensuite admettre le principe selon lequel la légalité d'un règlement devait être vérifiée non seulement eu égard aux règles juridiques qui présidaient à son édicton, mais également à celles qui étaient intervenues depuis (C.E., 1er/03/1929, Carletti, p.254 : la loi du 9 décembre 1905 abrogeant la loi de l'an 10 et garantissant la liberté de culte sous la seule réserve de l'intérêt de l'ordre public étant immédiatement applicable, "les arrêtés de police pris sous l'emprise de la législation antérieure ne sauraient être maintenus qu'autant qu'ils n'y sont pas contraires").

⁷³⁵ C.E., 28/04/1961, Di Nezza et Estellon, p.262 : le juge accepte de vérifier qu'aucun changement dans les circonstances de fait n'a remis en cause la validité d'une réglementation ordonnant la fermeture de certains magasins le dimanche, réglementation sur la base de laquelle a été dressée la contravention contestée.

⁷³⁶ Voir notamment le Cours de contentieux administratif de R. Odent (*op. cit.*), t. I, p.347.

⁷³⁷ Selon l'expression de J.M. Auby, *art. cit.*, p.443.

A noter cependant que cet auteur ne considérait pas la voie de l'exception fermée au cas d'une illégalité provenant d'un changement dans les circonstances de droit. *ibid.*, p.455.

II - La jonction opérée par la jurisprudence *Ah Won et Butin*

Après avoir exposé la solution consacrée par ces affaires et les raisonnements qui la sous-tendent, nous tenterons de mettre en lumière son utilité pratique et ses incidences sur la complémentarité des deux procédés étudiés.

A. L'affirmation de la possibilité d'invoquer une illégalité tardive par voie d'exception

Il aura fallu attendre l'intervention des arrêts *Ah Won et Butin*⁷³⁸ pour que toute équivoque soit enfin levée sur ce point. Ces deux affaires étaient nées d'instances menées par la Cour criminelle de Polynésie, juridiction instituée par un décret du Président de la République - agissant en qualité de législateur colonial - en date du 21 novembre 1933. Plusieurs accusés contestaient en effet la légalité des dispositions du décret relatives à la désignation des quatre assesseurs composant, aux côtés de trois magistrats, ladite juridiction. Cette question devait être portée devant le juge administratif, seul compétent selon le Tribunal des Conflits⁷³⁹. Les requérants reprochaient au décret de 1933 de réserver ces fonctions aux "notables" (article 54), à l'exclusion des "domestiques" et des "serviteurs à gage" (article 56), ce qui selon eux violait le principe général d'égalité, dans la mesure où une certaine catégorie de personnes se voyait dénier le droit, qui appartient en principe à tout citoyen, de faire partie d'un tel jury. Et, de fait, l'illégalité actuelle des dispositions contestées ne faisait aucun doute : comme le souligne M. Pacteau⁷⁴⁰, "tout dans le droit de l'après guerre condamnait l'archaïsme des discriminations contenues dans le décret de 1936"⁷⁴¹, surtout dès lors que la soumission des décrets coloniaux aux principes généraux avait été consacrée en 1959 par l'arrêt *Syndicat des ingénieurs-conseils*". Le problème résidait tout entier dans le fait qu'il était très difficile, pour ne pas dire impossible, de considérer le texte comme entaché d'irrégularité dès l'origine. M. Bacquet⁷⁴² démontrait en effet qu'à cette époque, l'idée de "spécialité coloniale" était un élément à part entière de la légalité républicaine, et qu'en conséquence le gouvernement "pouvait légalement déroger à des principes généraux réputés acquis à cette époque en métropole si la dérogation était justifiée par des nécessités locales existant dans ces pays d'outre-mer", ce qui semblait être le cas s'agissant de la désignation des assesseurs pour la bonne et simple raison que ces fonctions étaient réservées aux citoyens français, qualité que ne possédaient que peu de ressortissants de colonies (la plupart étant considérés comme "indigènes ressortissants français"). Le Conseil d'État pouvait-il appliquer aveuglément la règle de l'appréciation de la légalité des décisions administratives au moment de leur édicton et avaliser un texte que tout condamnait désormais ? Une telle solution aurait été difficilement justifiable sur le plan de l'opportunité ; aussi n'est-il pas étonnant que la Haute juridiction lui ait préféré le raisonnement inverse.

⁷³⁸ C.E., Ass., 22/01/1982, pp.27 et 33 (2 arrêts) ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.440, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; Dalloz 1983, I.R., obs. P. Delvolvé ; *La semaine juridique* 1983, n°19968, note J. Barthélémy ; *La Revue administrative*, 1982, p.387, note B. Pacteau ; *Revue du droit public* 1982, p.816, note R. Drago et p.822, conclusions A. Bacquet.

⁷³⁹ T.C. 15/12/1980, Tauhiro et autres, p.512 (les dispositions contestées étant relatives non à l'exercice de la fonction juridictionnelle mais à l'organisation même du service public de la justice).

⁷⁴⁰ Note précitée, p.388.

⁷⁴¹ Voir à ce propos l'évolution retracées par les conclusions Bacquet précitées, p.839/840

⁷⁴² *Ibid.*, p.834.

1 - La clarté de la position globale adoptée par le Conseil d'État

C'est avec une netteté remarquable que le Conseil d'État, a affirmé que "la juridiction compétente pour statuer sur l'exception tirée de l'illégalité d'un règlement peut être invitée à rechercher, non seulement si ce règlement a été légalement pris, mais s'il est resté légalement en vigueur à la date à laquelle il en a été fait application". On ne pouvait guère souhaiter plus grande clarté pour la fixation d'une règle sur laquelle a si longtemps plané une grande incertitude, entretenue par le principe d'appréciation de la légalité d'un acte au jour de sa signature. Et ce d'autant plus que l'arrêt prend le soin de préciser que la solution ainsi dégagée vaut devant toute juridiction compétente pour statuer sur une exception d'illégalité, qu'elle ait été saisie d'un litige relevant également au fond de sa compétence ou qu'elle l'ait été, comme en l'espèce, par la voie d'une question préjudicielle. Adoptant le raisonnement de son commissaire du gouvernement, l'Assemblée du contentieux a donc pu considérer que les articles 54 et 56 du décret en cause "ne pouvaient plus être légalement appliqués à la date à laquelle a été dressée la liste des assesseurs appelés à siéger au cours de l'année 1981", année durant laquelle avaient comparu les deux requérants. Il faut en conséquence aujourd'hui admettre qu'un règlement, régulier à l'origine mais devenu illégal du fait de la disparition des éléments qui le justifiaient initialement, peut voir son application paralysée par le juge de l'exception, de la même manière que celui qu'affecte une tare originelle. Cette solution consacre donc la "conception dynamique de la légalité" des règlements que certains auteurs s'étaient depuis longtemps employé à dégager⁷⁴³.

2 - La réfutation des objections théoriques

On sait que le plus gros obstacle dressé par l'analyse traditionnelle tenait au fait qu'on doive se passer d'une demande d'abrogation préalable, seule susceptible, à première vue, de créer un litige actuel et direct sur le maintien de la légalité du règlement contesté. Le problème n'échappa pas à M. Bacquet, mais celui-ci démontra adroitement qu'il s'agissait d'un faux-semblant : selon lui, ce préalable ne s'imposait que lorsqu'était demandée la disparition pour l'avenir du règlement devenu illégal, comme seul moyen de lier alors le contentieux. En revanche, pour ce qui était de l'exception d'illégalité, la simple application du règlement suffisait à permettre au requérant de poser au juge la question de la permanence de la régularité de celui-ci, dans la mesure où une réponse positive n'aurait d'autre portée que d'écarter l'application du texte illégal dans le litige considéré⁷⁴⁴. Il ne s'agit ici que de "savoir si l'application individuelle du règlement à un administré était ou non légale à la date de cette application"⁷⁴⁵. Dès lors que la jurisprudence *Despujol* avait admis qu'un changement de circonstances pouvait affecter la légalité d'un règlement, rien ne s'opposait à ce que ce moyen puisse être utilement invoqué par voie d'exception.

B. Les multiples intérêts de la permission nouvelle

Non seulement elle confère, dans l'absolu, une vitalité nouvelle à la sanction des irrégularités tardives, mais elle parachève de surcroît, ce qui nous importe au premier chef, la liaison éventuelle entre illégalité reconnue par voie d'exception et abrogation obligatoire.

⁷⁴³ Voir J.-M. Auby, *art. cit.*, p. 460.

⁷⁴⁴ Conclusions précitées, p.837.

⁷⁴⁵ Chronique de MM. Tiberghien et Lasserre précitée, p.442.

1 - Une solution d'un grand intérêt pratique

* Du fait de son ancienneté et de la rareté de son application⁷⁴⁶, on avait volontiers tendance à assimiler la jurisprudence *Despujol* à une belle pièce du musée. Le prolongement consacré par les arrêts de 1982 semble de nature à lui fournir une deuxième jeunesse. La doctrine a en effet unanimement salué la jurisprudence *Ah Won et Butin*, comme consacrant une "méthode rationnelle"⁷⁴⁷ de contrôle juridictionnel sur l'illégalité née d'un changement de circonstances. La voie de l'exception d'illégalité apparaît en effet beaucoup mieux adaptée audit contrôle que la technique de l'abrogation obligatoire initiée par l'arrêt *Despujol*, même si elle ne permet pas à elle seule, à l'inverse de cette dernière, de faire disparaître le règlement litigieux de l'ordonnancement juridique. La lourdeur d'emploi de la jurisprudence *Despujol* par voie d'action - qu'on s'accorde à trouver particulièrement "peu pratique"⁷⁴⁸ - tient essentiellement à ce que l'administré doit prendre l'initiative du processus d'abrogation en adressant une demande en ce sens à l'autorité compétente. En effet, comme le faisait remarquer M. Bacquet, "les administrés ignorent l'existence de beaucoup de vieux règlements, et ne songent guère à demander l'abrogation de tel ou tel"⁷⁴⁹. Cet obstacle tombe naturellement en ce qui concerne l'exception d'illégalité : l'application du règlement litigieux à un particulier sensibilisera beaucoup plus ce dernier à la question de la légalité du texte qui lui est opposé, et de ce fait servira plus souvent de détonateur au contrôle du changement de circonstances. C'est pourquoi la plupart des auteurs ont, depuis bien longtemps, insisté sur le fait que le contrôle du changement de circonstances par voie d'exception offrait aux intéressés "toutes les garanties désirables"⁷⁵⁰. On comprend dès lors que certains considèrent que la consécration de la règle posée en 1982 "réduit à un rôle résiduel la jurisprudence *Despujol* qui était d'ailleurs déjà délaissée par les administrés dont on voit mal comment ils pourraient songer à mettre en œuvre les lourdes procédures qu'elle prévoit"⁷⁵¹. La sanction naturelle de l'illégalité tardive passera donc dorénavant par la voie de l'exception, et l'on se félicitera, avec M. Barthélémy, de ce que l'Assemblée du contentieux l'ait "débarrassée de son carcan désuet"⁷⁵², extension "de nature à faciliter la tâche des plaideurs et des juridictions"⁷⁵³.

* Cet enthousiasme initial ne doit pas être altéré par l'évolution jurisprudentielle, fruit de l'arrêt *Alitalia*⁷⁵⁴, qui a supprimé toute condition de délai enserrant la demande d'abrogation. Certes, à l'époque où celle-ci était enfermée dans les deux mois suivant le changement dans les circonstances de droit ayant rendu le règlement illégal, la jurisprudence *Ah Won et Butin* pouvait apparaître comme un moyen de contourner cette obligation, puisqu'ici, la logique du mécanisme de l'exception étant de pouvoir être invoquée à tout moment à l'appui d'un recours contre une mesure d'application, l'administré pouvait parfaitement contester un règlement dont l'illégalité était apparue plusieurs années auparavant. Si cet avantage n'en est plus un depuis l'abandon de toute idée de délai conditionnant l'obligation d'abrogation, l'utilité de la solution

⁷⁴⁶ Voir *supra*.

⁷⁴⁷ Note B. Pacteau précitée, p.387.

⁷⁴⁸ Note R. Drago précitée, p.818.

⁷⁴⁹ Conclusions précitées, p.838.

⁷⁵⁰ Voir note P.-L. Josse précitée, p.54.

⁷⁵¹ J. Bathélémy, *Encyclopédie Dalloz*, "Exception d'illégalité", Fascicule précité, n°103.

⁷⁵² *La semaine juridique* 1983, n°19968, note précitée.

⁷⁵³ Observations Delvolvé, précitées.

⁷⁵⁴ Voir *supra*.

dégagée par les arrêts de principe de 1982 demeure évidente pour toutes les raisons précédemment énumérées.

* Le rôle de "simple palliatif"⁷⁵⁵ promis désormais au mécanisme d'abrogation obligatoire ne concernera cependant que les hypothèses dans lesquelles, à l'instar des affaires *Ah Won et Butin*, les dispositions devenues illégales devraient avoir disparu des textes en vigueur. Mais cela ne constitue pas la totalité des cas où peut jouer la théorie du changement des circonstances : parfois, en effet, la survenance d'éléments nouveaux impose non la suppression d'un règlement, mais l'adjonction à celui-ci de certaines dispositions. Ici, l'emploi de la jurisprudence *Despujol* par voie d'action retrouvera "toute sa portée pratique"⁷⁵⁶, puisque lui seul pourra forcer l'administration à procéder à ce complément, par l'entremise de l'annulation d'un refus opposé à une demande en ce sens⁷⁵⁷.

En outre, et surtout, le vieux procédé de l'abrogation obligatoire peut venir parachever la constatation de l'illégalité tardive opérée par le juge de l'exception.

2 - Une solution permettant l'alliance totale des mécanismes d'abrogation et d'exception

De tout ce qui précède, on doit conclure qu'il est aujourd'hui tout à fait envisageable d'associer le procédé de l'exception et celui de l'abrogation obligatoire quel que soit le type d'irrégularité entachant l'acte litigieux, puisqu'un vice tardif, à l'instar d'un vice originel, peut donner lieu au jeu de l'un et de l'autre. Mais seule cette combinaison permettra la disparition de la décision en cause de l'ordre juridique, en dépit de ce qu'avait pu laisser croire un détail terminologique des arrêts *Ah Won et Butin*.

a) Seule cette alliance garantit la disparition de l'acte qui a fait l'objet de l'exception.

* La thèse d'une possible disparition hors abrogation

Les arrêts de 1982, au-delà de la question de la simple irrégularité des dispositions contestées, se sont interrogés sur le point de savoir si les dispositions contestées sont "restées légalement en vigueur". Cette formulation a donné lieu à de multiples commentaires. Certains auteurs ont vu là une hypothèse de contrôle de la caducité d'un acte administratif (mettant en doute par là même la portée de la novation réalisée)⁷⁵⁸. Ils établissent en effet une différence entre la question de la légalité de l'acte (qui ne peut s'apprécier qu'à son origine) et celle du maintien de l'existence de l'acte (dont le contrôle s'effectue nécessairement à une date ultérieure)⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ J. Barthélémy, note précitée.

⁷⁵⁶ Chronique Tiberghien et Lasserre précitée, p.443.

⁷⁵⁷ C'était le cas dans l'arrêt Syndicat national des cadres de bibliothèques précité : une ordonnance de 1959 ayant étendu certaines dispositions à une catégorie d'agents qui, jusque là, n'en bénéficiait pas, le refus du ministre de modifier en ce sens un décret antérieur devait être considéré comme illégal.

On retrouvera également cette fonction en matière de transposition des directives européennes (*infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre II).

⁷⁵⁸ Voir notamment note R. Drago précitée.

⁷⁵⁹ Voir note P. Delvolvé précitée.

La notion de caducité s'avère d'un maniement délicat. Il s'agit, selon M. Gonzalez⁷⁶⁰, de "la perte de vigueur des actes administratifs par l'effet d'une sorte de mort naturelle, programmée ou non, mais ne découlant pas d'une intervention expresse de l'administration". Le cas le moins problématique, celui de la caducité "planifiée"⁷⁶¹ (péremption ou conditions extinctives), ne nous intéressera pas ici. Nous avons à l'inverse affaire à ce que l'auteur appelle une "caducité naturelle", qui frappe des actes qui "ne correspondent plus aux droit ou aux faits ambiants"⁷⁶². A en croire les commentateurs qui inclinent vers cette analyse, les arrêts *Ah Won et Butin* consacrent ce type de disparition d'un texte devenu inadapté. Pour M. Drago notamment, l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, dont le Préambule faisait référence à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui proclame le principe d'égalité, avait rendu les articles litigieux caducs. L'Assemblée du contentieux (dont l'arrêt fait d'ailleurs référence à cette Constitution) se serait donc simplement bornée à constater cette disparition, comme elle le fait en matière d'abrogation implicite⁷⁶³. Ce raisonnement ne va pas sans entraîner de nombreuses difficultés, dues essentiellement au flou qui entoure cette notion de caducité naturelle. L'incertitude procède moins de l'imprécision terminologique des arrêts du Conseil d'État qui paraissent employer cette théorie⁷⁶⁴, que de l'absence de critère nettement défini qui permettrait d'identifier avec une clarté suffisante les cas dans lesquels on se trouve confronté à une pareille hypothèse. Pourrait-on dès lors envisager que le Conseil d'État pratique une distinction, dont les limites devraient être fixées par lui au cas par cas, entre les affaires dans lesquelles un changement de circonstances a seulement affecté la légalité d'un règlement - le juge, saisi par voie d'exception, ne pouvant alors qu'en paralyser l'application au cas d'espèce et le relais d'une abrogation s'avérant nécessaire afin d'en assurer la disparition -, et celles où l'inadéquation du règlement contrôlé avec la situation nouvelle est telle que le même juge puisse s'autoriser à constater la caducité de celui-ci ?

* L'illusion d'une possible disparition hors abrogation

L'inconsistance de la thèse de la caducité saute aux yeux de qui se penche de façon approfondie sur le problème. Le point de départ du raisonnement qui y mène apparaît en effet largement contestable : dès lors qu'un changement dans les circonstances ne saurait s'analyser comme une abrogation implicite⁷⁶⁵ du fait de son caractère indirect, il ne peut constituer qu'une cause pure et simple d'illégalité. Le commissaire du gouvernement A. Bacquet posait d'ailleurs le problème en ces termes, puisqu'il estimait que "plus que l'existence du règlement, (...) c'est son maintien en vigueur effectif, la poursuite de son application, qui est constitutif de l'illégalité. En soi, c'est un moyen de légalité comme les autres"⁷⁶⁶. Il en va exactement de la sorte pour les mesures devenues illégales du fait de la disparition des circonstances exceptionnelles qui avaient justifié leur édicition⁷⁶⁷.

La question de la caducité semble d'ailleurs totalement inopportune en matière de contestation incidente de la régularité d'une décision administrative. Il suffit au juge saisi de

⁷⁶⁰ *Art. cit.*, p. 1676.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² *Ibid.*, p.1680.

⁷⁶³ Voir notamment l'arrêt Guanter cité *supra*.

⁷⁶⁴ Pour un bilan exhaustif, voir G. Gonzalès, *art. cit.*, p.1711.

⁷⁶⁵ Voir *supra*.

⁷⁶⁶ Conclusions précitées, p.837 M. Delvolvé (observations précitées) témoigne d'ailleurs d'un certain embarras à ce propos : après avoir distingué le problème de l'existence de celui de la légalité d'un règlement affecté par un changement de circonstances, il est bien obligé d'admettre qu'"il soulève en lui-même une question de légalité puisqu'il faut savoir si l'acte est légalement maintenu et applicable".

⁷⁶⁷ Voir conclusions Bernard sous l'arrêt C.E., Ass., 23/10/1964, d'Oriano, *Revue du droit public* 1965, p.282.

l'exception de constater qu'une évolution des circonstances a rendu le règlement en cause irrégulier pour en paralyser l'application ; or, c'est là le seul résultat qu'un tel moyen peut produire⁷⁶⁸. Les arrêts *Ah Won et Butin* en fournissent d'ailleurs une excellente illustration puisque, malgré les velléités témoignées par le juge dans le sens d'un contrôle sur le maintien de vigueur du règlement, leur dispositif a dû se borner à écarter l'applicabilité de celui-ci dans les espèces respectives. Outre le peu d'intérêt pratique que revêtirait l'adoption de l'idée de caducité reconnue ici par le juge, on doit souligner que celle-ci n'est pas plus soutenable sur un plan purement théorique. Un fait postérieur aux arrêts rendus vient en effet la démentir : les articles 54 et 56 déclarés illégaux ont été abrogés par l'article 79-11 de la loi n°83-520 du 27 juin 1983⁷⁶⁹. Or, M. Gonzalèz⁷⁷⁰ fait remarquer à ce propos que "si ces textes ont dû être abrogés (...), c'est donc qu'ils n'étaient pas caducs, qu'ils n'avaient pas cessé d'exister. En effet, un simple toilettage des textes destiné à gommer les règles devenues caduques pourrait se faire sans référence aucune à la notion d'abrogation ; il suffirait de mentionner que tel texte ou telles dispositions devenues caducs sont supprimés". Qui dit caducité dit acte naturellement éteint, comme cela se produit notamment pour ce qui est de la péremption d'actes particuliers⁷⁷¹, et plus exceptionnellement pour certains autres actes⁷⁷². Et point n'est besoin de faire disparaître un texte qui n'existe plus.

Enfin, et au-delà de l'espèce considérée, il semble qu'il faille, avec M. Gonzalèz⁷⁷³, condamner l'idée même de caducité : seule une abrogation est en mesure de faire disparaître un acte réglementaire ; au cas contraire, on aboutirait à une "déresponsabilisation" de l'administration, ce que le Conseil d'État tend évidemment à éviter⁷⁷⁴. Un simple changement de circonstances ne saurait par lui-même mettre un terme à l'existence d'un acte : une appréciation de la portée de cette évolution par l'autorité compétente, éventuellement corrigée par le juge, s'avère nécessaire, et doit se ponctuer par une abrogation si le besoin s'en fait sentir⁷⁷⁵.

Il paraît donc logique, à l'issue de ces développements, de conclure que le Conseil d'État s'est laissé à tort emporter, à l'occasion des arrêts *Ah Won et Butin*, par la tentation de se prononcer sur un faux problème⁷⁷⁶. Ce manque de rigueur dans le libellé de ces deux décisions ne doit pas nous conduire à croire que l'acte affecté par un changement de circonstances puisse

⁷⁶⁸ MM. Tiberghien et Lasserre (note précitée, p.442) montrent qu'il s'agit là d'une différence fondamentale entre les cas où le changement de circonstances est invoqué par voie d'exception et ceux où il l'est au soutien d'une demande d'abrogation. Dans ce dernier cas, il revient au juge de se prononcer non seulement sur la légalité du règlement mais aussi sur son existence, poussé en cela par l'appréciation du refus de l'administration de procéder à ladite abrogation. L'annulation dudit refus reviendra de facto à contraindre l'autorité compétente à faire disparaître le texte reconnu illégal.

⁷⁶⁹ J.O., 28 juin 1983, p. 1926.

⁷⁷⁰ *Art. cit.*, p.1725.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p.1685.

⁷⁷² Voir par exemple, pour une loi, C.E., 16/03/1945, S.N.C.F. ; *Dalloz* 1946, p.290, conclusions Lefas, note Waline : la loi du 3 mai 1921 sur la réparation des dommages survenus du fait d'explosions dans les établissements de l'État n'était plus applicable en 1945 puisqu'elle était liée à la loi de 1919 sur les dommages de guerre subis pendant la guerre de 14/18.

Pour les quelques hypothèses intéressantes des actes réglementaires, voir article Gonzalèz précité, p.1690 s.

⁷⁷³ *Ibid.*, p.1721 s : l'auteur énumère les raisons qui plaident pour un abandon de l'idée de caducité naturelle des règlements.

⁷⁷⁴ C.E., 21/07/1989, Commune de Noisy-le-Grand, *Droit administratif* 1989, n°502 : irrecevabilité des conclusions présentées par l'autorité administrative, qui détient le pouvoir d'abroger une décision, tendant à ce que le juge constate la caducité de celle-ci, ou à défaut la modifie.

⁷⁷⁵ Voir en ce sens J.-M. Auby., *art. cit.*, p.443.

⁷⁷⁶ Cette impression se trouve corroborée par la volonté qu'a manifestée le juge de fixer avec précision la date à partir de laquelle le règlement était devenu illégal, alors que cette datation n'était nullement indispensable. Sur ce point, voir chronique Tiberghien et Lasserre précitée, p.442.

disparaître, outre l'hypothèse exceptionnelle d'une abrogation implicite, par la simple constatation de son vice à l'occasion d'une exception soulevée à son encontre. On pourra cependant obtenir cet anéantissement en adressant à l'administration une requête en ce sens, l'autorité compétente étant, on le sait, tenue de s'y soumettre en vertu des jurisprudences *Despujol et Alitalia*.

b) Une alliance n'aboutissant pas pour autant à assimiler déclaration d'illégalité et annulation

L'assurance d'obtenir la disparition de l'acte déclaré illégal grâce au relais de l'abrogation obligatoire constitue un progrès non négligeable. Mais cette chute se distingue encore de l'annulation par l'idée qu'elle n'entraînera pas la résurrection des mesures antérieures : bien que certains grands auteurs aient soutenu le contraire⁷⁷⁷, il semble en effet qu'on doive se rallier à la thèse de J.-M. Auby⁷⁷⁸ selon laquelle "l'abrogation n'ayant pas d'effet rétroactif, il n'y a pas lieu de considérer comme abolis les effets du règlement abrogé qui a fait disparaître les textes antérieurs". Cette analyse reçoit l'appui de la jurisprudence selon laquelle, dans la mesure où ses effets passés sont maintenus intacts, la décision abrogée peut, à l'inverse d'un acte annulé ou retiré, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁷⁷⁹.

C'est donc en dehors de toute idée d'abrogation qu'on a assisté, ces dernières années, à une multiplication des solutions visant à donner à la reconnaissance de l'illégalité d'un acte par voie d'exception une puissance apte à commander la résurgence des dispositions qu'il remplace.

CHAPITRE 2. LA POSSIBILITE D'ELUDER L'APPLICATION DE L'ACTE DECLARE ILLEGAL

La jurisprudence *Bargain*⁷⁸⁰ consacrait une analyse classique qui, du fait du maintien de l'acte annulé dans l'ordonnement juridique, s'opposait à la résurgence des décisions administratives qui lui préexistaient. Une double évolution enregistrée en la matière pousse l'observateur à relativiser l'affirmation traditionnelle : dans certaines hypothèses, lorsque la décision déclarée illégale ne faisait que déroger à une règle plus générale, cette dernière peut automatiquement s'appliquer derechef ; dans d'autres cas, l'acte antérieur que la mesure illégale avait remplacé va se trouver, par exception, remis en vigueur à la suite de l'appréciation portée par le juge.

⁷⁷⁷ Entre autres R. Odent, *Contentieux administratif*, p.260.

⁷⁷⁸ *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit., p.136.

⁷⁷⁹ C.E., 13/11/1964, *Ministre de l'Intérieur c/ Livet*, p.534 ; C.E., 16/10/1987, *Genessiaux*, *Revue française de droit administratif* 1989, p.154, note L. Favoreu.
Voir également l'avis du Conseil d'État extrait du rapport 1994, (*Etudes et documents du Conseil d'État* n°46) cité *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre II.

⁷⁸⁰ Dont nous avons précisé le contenu *supra*, Titre préliminaire.

SECTION 1. LA REGLEMENTATION A LAQUELLE DEROGEAIT L'ACTE ILLÉGAL PEUT PAR PRINCIPE DE NOUVEAU S'APPLIQUER

La construction dont nous allons maintenant tracer les contours trahit deux limites majeures : elle s'inscrit tout d'abord dans une configuration assez particulière et, partant, relativement rare ; sa manifestation la plus significative a été ensuite récemment contrariée par un texte de loi⁷⁸¹. Il ne faudrait pas pour autant en négliger la portée, car elle démontre une nouvelle fois le souci que manifeste le juge de fournir des remèdes adaptés à l'illégalité de l'acte administratif que le contentieux développé devant lui l'a amené à constater.

Paragraphe 1. Les prémices du principe : l'affaire Commune de Boulazac

Le courant jurisprudentiel que l'on va évoquer dans ces lignes trouve sa source dans les conclusions présentées par M. Abraham sur l'arrêt de Section du 2 mars 1990 *Commune de Boulazac*⁷⁸². Y était en cause une délibération de conseil municipal décidant d'augmenter fortement, en violation d'un arrêté préfectoral qui fixait des plafonds en la matière, les tarifs applicables à l'utilisation des cours de tennis appartenant à la commune. Cette dernière avait invoqué l'illégalité de l'arrêté préfectoral en question et le Conseil d'État allait consacrer son point de vue. Il avait cependant dû au préalable, par l'intermédiaire de son commissaire du gouvernement, se pencher sur un autre moyen présenté par le ministre de l'économie et des finances, faisant valoir que la délibération litigieuse violait non seulement l'arrêté préfectoral illégal mais également un arrêté ministériel antérieur auquel celui-ci dérogeait. Devait-on considérer que la reconnaissance de l'illégalité de l'arrêté préfectoral dérogatoire rendait à nouveau applicable la réglementation générale ? M. Abraham se prononça clairement en faveur de cette thèse. Pour lui, cette situation différait fondamentalement de celle rencontrée dans l'arrêt *Bargain* dont il se reconnaissait par ailleurs partisan. Dans ce dernier cas en effet, la réglementation déclarée illégale avait pour objet d'abroger la réglementation préexistante. Le commissaire du gouvernement soulignait que, dans une telle hypothèse, "on peut sérieusement hésiter à faire application d'un acte qui a disparu de l'ordonnancement juridique" puisque "l'acte subséquent n'a pas été lui-même rétroactivement anéanti". La situation se présentait de façon radicalement différente dans l'affaire Commune de Boulazac : l'acte illégal n'avait pas ici abrogé l'arrêté ministériel mais y dérogeait, posant des règles d'augmentation des tarifs plus souples sur une zone géographiquement circonscrite. Il en résultait que l'arrêté ministériel, loin d'avoir disparu de l'ordre juridique, constituait au contraire le droit commun dans la matière considérée. Cela conduisait M. Abraham à affirmer que "l'illégalité du règlement dérogatoire a nécessairement pour effet de rendre applicable le régime de droit commun qui n'a pas disparu et qu'il ne s'agit pas de faire revivre".

Les données de l'espèce n'allaient cependant pas permettre au Conseil d'État de confirmer ou d'infirmier l'idée avancée par son commissaire du gouvernement, le moyen soulevé

⁷⁸¹ Voir *infra*, Section 2, article 1er de la loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.

⁷⁸² Lebon p.57 ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.621, conclusions R. Abraham.

d'office par le ministre de l'économie et des finances étant par ailleurs jugé irrecevable. Aussi, c'est dans un tout autre domaine qu'allait se concrétiser la tendance ainsi esquissée⁷⁸³.

Paragraphe 2. La consécration du principe en droit de l'urbanisme

Le droit de l'urbanisme - et plus particulièrement le contentieux des P.O.S. - s'est en effet avéré un terrain particulièrement propice à cette évolution. Comme on l'a déjà souligné toutefois, l'état du droit actuel n'est plus celui que le juge avait crû bon de consacrer initialement, puisque une intervention législative a renversé la jurisprudence⁷⁸⁴. Mais cette considération ne se révèle pas essentielle dans l'optique de notre propos, dans la mesure où le principe global qu'avait adopté le Conseil d'État n'est pas altéré, d'un point de vue strictement théorique, par cette remise en cause ponctuelle. Sur un plan pratique cependant, force est d'admettre que l'action du législateur en réduit le champ d'application de façon très significative, le contentieux considéré constituant l'un des rares cas de figure dans lesquels il peut trouver à s'appliquer.

I - Un terrain propice

Deux facteurs favorables se trouvaient réunis : des arguments d'opportunité s'opposaient à ce que l'on fasse une application aveugle des principes de la jurisprudence *Bargain* en la matière ; parallèlement, existaient ici toutes les conditions matérielles de la consécration du nouveau principe.

A. L'impossibilité d'appliquer strictement la jurisprudence *Bargain*

On a déjà souligné le risque de vide juridique que comportait l'application des principes dégagés par cette jurisprudence⁷⁸⁵. En matière d'urbanisme, ce danger était d'autant plus réel qu'il y existe des particularités textuelles le favorisant.

1 - Le danger de création d'un "vide juridique absolu"⁷⁸⁶

Il convient tout d'abord de relever la disposition législative concrétisée par l'article L.123-4-1 du code de l'urbanisme qui pose le principe selon lequel "un P.O.S. ne peut être abrogé". Le Conseil d'État a, dans son arrêt *S.C.I. Le Tahiti*⁷⁸⁷, décidé que cette règle primait, du fait de sa valeur législative, sur celle contenue dans l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 obligeant l'administration à abroger un règlement illégal sur demande en ce sens. Cette

⁷⁸³ On peut toutefois relever un arrêt inédit (cité par M. Abraham), C.E., 23/12/1987, Commune de Trélassac c/ M. Lesterou, dans lequel l'illégalité d'un arrêté préfectoral analogue à celui en cause dans l'affaire Commune de Boulazac avait conduit le juge à appliquer la réglementation ministérielle à laquelle il dérogeait.

⁷⁸⁴ Pour plus de précisions, voir Section suivante.

⁷⁸⁵ Voir *supra*, Titre préliminaire.

⁷⁸⁶ L'expression est empruntée à G. Peiser, in *Mélanges J.-M. Auby*, art. cit., p.281.

⁷⁸⁷ 15/04/1988, p.140 ; *Les petites affiches* 9/12/1988, p.8, note P.-L. Frier.

solution ne semble pas ébranlée par la jurisprudence *Alitalia*⁷⁸⁸ qui substitue un principe général du droit à la règle posée par le décret sus-évoqué, puisqu'il est admis qu'une loi peut valablement écarter un tel principe⁷⁸⁹. Combiner les solutions jurisprudentielles classiques en matière de déclaration d'illégalité au raisonnement tenu à l'occasion de l'affaire *Le Tahiti* débouchait donc sur une impasse juridique totale : face à un P.O.S. que le juge avait reconnu irrégulier par voie d'exception, l'autorité compétente ne pouvait ni l'abroger - ce que prohibe l'article L.123-4-1 du code de l'urbanisme -, ni l'appliquer - ce que lui interdit la jurisprudence *Ponard*⁷⁹⁰ -, ni en principe faire appel aux dispositions antérieures ou générales d'urbanisme - puisque la solution *Bargain* semble s'y opposer⁷⁹¹. Le blocage paraissait donc inévitable jusqu'à la régularisation du P.O.S. illégal, opération qui peut parfaitement n'intervenir que tardivement pour peu que les formalités qu'elle nécessite présentent un caractère complexe⁷⁹². Seuls les quelques articles impératifs du R.N.U. qui s'appliquent même en présence d'un P.O.S. légal pouvaient trouver à jouer, mais leur champ d'action limité ne leur permettait pas de régler tous les problèmes.

2 - Le danger des pratiques *contra legem*

La situation *a priori* inextricable que l'on vient de décrire pouvait se résoudre, en pratique, de deux manières pareillement insatisfaisantes :

a) La première consistait à faire fi de l'interdiction d'appliquer le règlement illégal. Bien que le caractère irrégulier du P.O.S. ait été mis en avant par le juge, le maire continue en effet de bénéficier du transfert de compétence prévu par l'article L.421-2-1 du code de l'urbanisme, puisque ce dernier confère audit transfert un caractère "définitif"⁷⁹³. De ce fait, l'autorité municipale, si elle se heurtait à une prohibition de principe, n'en conservait pas moins la possibilité matérielle de poursuivre la délivrance des autorisations d'urbanisme sur la base de la réglementation illégale. Et cela présentait d'autant moins de risques que le juge, appliquant le critère de dissociabilité issu de la jurisprudence *Gepro*⁷⁹⁴, ne censurait pas automatiquement les permis délivrés sur le fondement d'un P.O.S. illégal. Il s'agissait bien là, comme on a pu le faire remarquer, d'une "prime à l'illégalité" qui comportait un "risque majeur de voir toutes les exigences formelles et procédurales disparaître"⁷⁹⁵.

⁷⁸⁸ Jurisprudence précitée (Cf. Chapitre précédent).

⁷⁸⁹ C.C., 26/06/1969, Protection des sites, p.27 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.563.

⁷⁹⁰ Cette interdiction est d'ailleurs rappelée par un avis du Conseil d'État en date du 8/12/1988 (*Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, p.292) : les dispositions qui s'opposent à ce qu'un P.O.S. même illégal soit abrogé n'ont eu "ni pour objet, ni pour effet d'écarter le principe général selon lequel il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un règlement illégal".

⁷⁹¹ Voir en ce sens T.A. Versailles, 2/10/1987, Association de défense du site de St-Rémy-lès-Chevreuse, p.1441 : l'illégalité d'un P.O.S. ne permet pas, à défaut d'annulation, d'invoquer la violation du R.N.U. qui ne redevient pas applicable.

⁷⁹² Cf. G. Liet-Veaux, "Des dangers de l'exception d'illégalité", in *Mélanges Pecquignot*, p.442 : "c'est le no man's land, le désert, jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau P.O.S. parfaitement légal".

Si le P.O.S. n'avait été déclaré que partiellement illégal, la situation semblait moins grave car demeurent applicables les dispositions qui ne sont pas affectées par l'illégalité.

⁷⁹³ Cf. *infra* (Titre II, Sous-titre I).

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ Note P.-L. Frier précitée, p.11.

b) Si le maire s'en tenait au contraire aux prescriptions de la jurisprudence *Ponard*, plus rien ne semblait pouvoir s'opposer à la liberté de construire. Dès lors en effet qu'aucune réglementation contraignante ne s'appliquait plus, toute autorisation de construire, sous la seule réserve de respecter les dispositions impératives du R.N.U., était par principe légale⁷⁹⁶, ce qui laissait une marge de manœuvre immense et abusive aux administrés⁷⁹⁷. Et cela paraissait d'autant plus inéluctable qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence s'accordait à considérer que la circonstance qu'un P.O.S. soit déclaré illégal par voie d'exception n'était pas de nature à faire ressurgir la règle de constructibilité limitée contenue dans l'article L.111-1-2 du code de l'urbanisme, dans la mesure où une commune se trouvant dans un tel cas de figure ne pouvait être assimilée à une commune dépourvue de P.O.S. opposable aux tiers", condition exigée par ce même article pour que puisse s'appliquer la règle en question⁷⁹⁸.

Il apparaissait donc nécessaire, sauf à tomber dans l'une ou l'autre de ces situations paradoxales, d'assouplir les principes jurisprudentiels traditionnels ; la situation s'y prêtait d'ailleurs parfaitement.

B. L'existence d'une réglementation générale non abrogée par l'édiction du P.O.S.

Cette singularité du droit de l'urbanisme va permettre le jeu du schéma que M. Abraham avait esquissé dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Boulazac*, nonobstant une particularité certaine induite par la politique de décentralisation.

1 - Conformation au cas de figure envisagé à l'occasion de l'arrêt Commune de Boulazac

Lorsqu'un P.O.S. est déclaré illégal par voie d'exception, la situation présente des similitudes avec celle rencontrée dans l'arrêt *Commune de Boulazac* puisqu'il existe une réglementation générale - le Règlement National d'Urbanisme (R.N.U.) - dont la réglementation locale écarte seulement l'application, sans avoir pour cela la moindre incidence sur son maintien en vigueur. Si l'on adopte la logique de M. Abraham⁷⁹⁹, il ne semble donc pas anormal de revenir, dans cette hypothèse, à l'application de la réglementation nationale qui n'a pas disparu de l'ordonnancement juridique, et cela même si l'édiction de la réglementation communale avait vocation à écarter celle-ci. Cette analyse peut d'ailleurs se réclamer de quelques solutions précédentes s'y apparentant : ainsi, par exemple, le Conseil d'État avait-il décidé qu'en présence d'une décision d'urbanisme prise sur la base d'un document inopposable aux tiers faute de publication régulière⁸⁰⁰ voire illégal⁸⁰¹, la légalité de celle-ci devait être appréciée à la lumière

⁷⁹⁶ Voir en ce sens G. Liet-Veaux, "Liberté et construction", *La Revue administrative*, 1992, p.186 : "Dans le domaine (...) du droit de construire, la liberté consiste en la possibilité d'édifier tout ce qui n'est pas interdit".

⁷⁹⁷ En ce sens, Cf. D. Boutet, *art. cit.*, *Revue du droit public* 1990, p.1746.

⁷⁹⁸ Cf. T.A. Versailles, 22/05/1987, Mme Selz c/ Cne de Rubelles, *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.674, conclusions J. Arrighi de Casanova précitées.

Le raisonnement du commissaire du gouvernement se fondait sur l'idée qu'il aurait été contraire à la volonté du législateur d'admettre la résurgence d'une règle dont la seule finalité était d'inciter les communes à se doter d'un P.O.S., à l'encontre d'une commune qui a manifesté cette volonté, même si l'élaboration du plan a été entachée d'illégalité.

⁷⁹⁹ Conclusions précitées.

⁸⁰⁰ C.E., 19/11/1975, Astié, p.574 ; 7/07/1976, Epoux Arnaud, p.1069.

du R.N.U.. M. Bacquet lui même⁸⁰² justifiait cette jurisprudence par le fait que ce dernier était demeuré "en vigueur" à la date où avait été prise la décision litigieuse.

2 - Particularité par rapport au cas de figure envisagé à l'occasion de l'arrêt *Commune de Boulazac*

Si proche que soit la situation du P.O.S. et du R.N.U. de celle rencontrée dans l'arrêt *Commune de Boulazac*, il n'en demeure pas moins une différence notable entre elles, différence qui a été relevée par M. Jégouzo⁸⁰³. Dans le second cas en effet, l'arrêté préfectoral s'analysait comme une réglementation dérogatoire au droit commun que constituait l'arrêté ministériel. M. Jégouzo montre qu'il n'en va pas de même pour ce qui est des rapports entre P.O.S. et R.N.U. dans la mesure où, selon lui, le législateur a, par le biais des lois de décentralisation, inversé les rôles : la réglementation locale d'urbanisme devient désormais le nouveau système de droit commun, qui se voit "corrigé par un système dérogatoire, l'application, en l'absence de P.O.S., du R.N.U.". Quoi qu'il en soit, il demeure indéniable qu'en matière d'urbanisme existe bien, lorsque la réglementation locale est entachée d'illégalité, la possibilité d'avoir recours à une réglementation plus générale qui n'a jamais cessé d'être en vigueur ; cela est apparu suffisant aux yeux du Conseil d'État pour consacrer l'évolution entrevue à l'occasion de l'affaire *Commune de Boulazac*⁸⁰⁴.

II - La vocation générale de la solution *Assaupamar*

C'est par un arrêt de Section rendu le 8 juin 1990, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais*⁸⁰⁵ - plus connu sous l'appellation *Assaupamar* -, que le Conseil d'État allait trancher le problème dans le sens proposé par son commissaire du gouvernement, M. Toutée, dont le raisonnement ne différait guère, au fond, de celui qu'avait suivi M. Abraham quelques mois auparavant. Le libellé en était parfaitement explicite : "la contestation de l'illégalité d'un P.O.S. a pour effet de rendre à nouveau applicables sur le territoire en cause les dispositions du code de l'urbanisme dont l'application y était exclue, en vertu dudit code, par l'existence d'un P.O.S. opposable aux tiers, mais non de remettre en vigueur le P.O.S. auquel le plan déclaré illégal s'était substitué"⁸⁰⁶. Il résultait donc de cette jurisprudence qu'un requérant qui établissait, par voie d'exception, l'illégalité d'un P.O.S. révisé ou approuvé, ne pouvait invoquer ni la violation, ni l'illégalité du P.O.S. antérieur - selon le cas le P.O.S. avant révision

⁸⁰¹ Lorsque la décision en cause est dissociable du P.O.S.

Cf. C.E., 28/01/1987, Comité de défense des espaces verts c/Sté Le Lama (voir *infra*).

⁸⁰² *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, art. cit., n°86

⁸⁰³ Note sous C.E., S., 8/06/1990, Assaupamar, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.4.

⁸⁰⁴ Pour prendre en compte cette divergence entre les hypothèses *Commune de Boulazac* et *Assaupamar*, M. Peiser (art. cit., in *Mélanges J.-M. Auby*, p.284) préfère éliminer toute idée de dérogation et parler de "raccrochement au premier acte indiscutable".

⁸⁰⁵ *Lebon*, p.148 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.701, chronique R. Honorat et R. Schwartz ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.149, conclusions H. Toutée ; *Les petites affiches*, 9/01/1991, p.17, note B. Pacteau ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.1, note Y. Jégouzo ; et p.9, conclusions.

⁸⁰⁶ Des jugements postérieurs de tribunaux administratifs ont, tout en adoptant la solution *Assaupamar*, précisé que la résurgence du R.N.U. s'accompagnait de celles des lois d'aménagement et d'urbanisme le complétant. Voir notamment (s'agissant de la loi relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral du 3/01/1986) :

T.A. Nice, 4/07/1991, *Association de sauvegarde du site de Gassin et autres*, *Les petites affiches*, 8/11/1991, p.15 ; et conclusions Lambert sur T.A. Nice, 8/04/1992, *Préfet des Alpes-Maritimes et Epoux Vautrerot*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.622.

ou le P.O.S. rendu public - mais devait au contraire se placer sur le terrain de la réglementation nationale. La solution privilégiée présentait un intérêt certain pour le juge car elle semblait de nature à résoudre les problèmes soulevés par la reconnaissance de l'illégalité d'un P.O.S. par voie d'exception, sans pour autant révolutionner les principes traditionnels régissant la matière. En outre, bien qu'il ait pu apparaître extrêmement lié à la matière qui l'avait suscité, le raisonnement tenu dans l'arrêt *Assaupamar* semble devoir transcender celui-ci et lui survivre, en revêtant la forme d'un principe nouveau.

A. Les raisons conjoncturelles de la solution : un compromis idéal pour le juge en la matière

Le mécanisme mis en place par le juge tendait à éviter, en tempérant la rigueur de la jurisprudence *Bargain*, l'écueil du vide juridique qu'avait laissé présager la solution *Le Tahiti*, tout en écartant les dangers qu'aurait pu susciter un renversement total des principes traditionnels.

1 - L'atténuation de la rigueur de la jurisprudence *Bargain*

Le commissaire du gouvernement H. Toutée, ayant souligné à son tour le risque de vide juridique existant à la suite de la reconnaissance de l'illégalité d'un P.O.S., débouchait lui aussi sur la conclusion selon laquelle on ne pouvait pas faire de moins que de revenir, d'une manière ou d'une autre, sur la rigueur des principes traditionnels, afin de "vider de leur venin" l'article L.123-4-1 du code de l'urbanisme et la jurisprudence *Le Tahiti* : "que faire sinon se retourner vers un ancien P.O.S., ou la précédente mouture de celui-ci, ou enfin le R.N.U. ?"⁸⁰⁷. En privilégiant cette dernière solution, le juge remédiait à l'absence inquiétante d'encadrement réglementaire des décisions d'urbanisme à prendre dans une commune couverte par un plan devenu inapplicable du fait de la reconnaissance juridictionnelle de son irrégularité. Le R.N.U. trouvant de nouveau à jouer jusqu'à régularisation de la situation, le maire n'était plus totalement démuné ; il pouvait s'appuyer sur ces règles nationales "incontestables et éprouvées"⁸⁰⁸ et "qui ne demandent qu'à servir"⁸⁰⁹. Cette solution semblait ainsi répondre "à la fois aux nécessités de l'action administrative et à celles d'une protection minimale de l'environnement"⁸¹⁰.

2 - Le souci d'éviter les inconvénients d'un total revirement de jurisprudence

En optant pour cette solution médiane, le Conseil d'État se montrait sensible aux arguments qu'avait développés M. Bacquet pour justifier la jurisprudence *Bargain*. Il n'était pas en effet question de renverser totalement cette dernière, et de calquer les conséquences d'une exception d'illégalité sur celles d'une annulation.

a) On a déjà relevé qu'une des argumentations principales avancées par M. Bacquet consistait à éviter la résurgence de textes désuets et inadaptés aux situations présentes. L'idée fut reprise par M. Toutée dont les conclusions mettaient l'accent sur le fait que "les vieux textes, pour être

⁸⁰⁷ Conclusions précitées p.11.

⁸⁰⁸ Selon l'expression de M. Pacteau, note préc., p.21.

⁸⁰⁹ Note Y. Jégouzo précitée, p.2.

⁸¹⁰ Conclusions précitées, p.14.

légaux, ne sont pas forcément opportuns" et soulignaient que "si on les a abrogés, c'est souvent pour de bonnes raisons"⁸¹¹. On pourrait certes objecter que le problème existe également en matière d'annulation pour excès de pouvoir, dont le prononcé a pour effet de rendre à nouveau applicable l'acte illégalement abrogé. Mais dans cette hypothèse, le risque de voir resurgir un règlement totalement dépassé semble plus limité, car l'annulation d'un acte ne remet en vigueur que celui qui lui était immédiatement antérieur. En effet, ce dernier présente la plupart du temps un caractère définitif et ne peut, de ce fait, subir le contrecoup négatif de l'annulation de son successeur⁸¹². Au contraire, comme le faisaient remarquer MM. Honorat et Schwartz⁸¹³, "rien n'interdit dans le mécanisme de l'exception d'illégalité, de remonter la chaîne des textes dont les illégalités éventuelles peuvent être successivement contestées sans limitation de délai"⁸¹⁴, ce qui augmente le danger de remise en vigueur d'un règlement très ancien, abrogé parfois depuis fort longtemps, et totalement inadapté aux réalités nouvelles⁸¹⁵. La peur d'avoir à se livrer à cette "périlleuse et difficile remontée dans le temps" a constitué, selon M Jégouzo, "sans doute l'argument principal sur lequel s'est fondé le Conseil d'État pour opter en faveur d'un retour au R.N.U."⁸¹⁶. Il est vrai que ce dernier ne présente aucun risque d'obsolescence puisque, quoiqu'écarté par la présence d'une réglementation locale, il ne cesse à aucun moment d'être en vigueur. La solution adoptée évitait ainsi les retombées néfastes qu'aurait pu engendrer le renversement pur et simple de la jurisprudence *Bargain* qui aurait consisté à faire renaître l'acte irrégulièrement abrogé.

b) Le système *Assaupamar* présentait également l'avantage de ne pas "saccager"⁸¹⁷ les principes jurisprudentiels traditionnels. Comme il a été dit à l'occasion de la présentation de la solution *Commune de Boulazac*, les fondements de la jurisprudence *Bargain* n'étaient pas totalement balayés, puisqu'il ne s'agissait pas de faire revivre un texte disparu, mais simplement de remettre au premier plan une réglementation dont l'application avait été écartée. Dans le libellé de l'arrêt *Assaupamar*, le juge s'était appesanti sur le fait que l'application du code de l'urbanisme "était exclue, en vertu dudit code, par l'existence d'un P.O.S.", mettant implicitement en relief que la réglementation qui revenait sur le devant de la scène, si elle s'était spontanément effacée, n'avait jamais cessé d'exister. On voit le souci ainsi manifesté par la jurisprudence rendue en matière d'urbanisme de ne pas ébranler trop fortement, ou du moins de manière trop directe, les principes juridiques traditionnels gouvernant la déclaration d'illégalité⁸¹⁸. La solution *Assaupamar* constituait bien, de ce point de vue également, un moyen terme idéal pour ménager ceux-ci, au seul prix d'une lecture assez libre de l'article L.111-1 du code de l'urbanisme qui dispose que les règles générales s'appliquent dans les communes à

⁸¹¹ *Ibid.*

Ces règles peuvent devenir "inadaptées du fait, notamment, des évolutions démographiques, de la modification du tissu économique ou du changement de la politique locale d'urbanisation". Cf Circulaire n°92-67 du 20 octobre 1992 (Equipement), Le Moniteur, 13 novembre 1992, Textes officiels, p.297.

⁸¹² Voir *supra* (Titre préliminaire) le problème des répercussions négatives de l'annulation d'un acte sur les actes antérieurs.

⁸¹³ Note précitée, p.703.

⁸¹⁴ Pour un exemple de remise en cause incidente conjointe de la légalité d'un P.O.S. et de celle d'un décret modifiant le schéma directeur dans le cadre duquel ledit P.O.S. s'insérait, voir T.A. Versailles, M. Boris Sourine et autres c/ Préfet de Seine-et-Marne, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.164, observations B. Lamorlette.

⁸¹⁵ Voir en ce sens M. Stirn, "Le juge administratif et les documents d'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.393 : "Exhumer du cimetière juridique où il se trouvait un P.O.S. abrogé aurait des conséquences dangereuses".

⁸¹⁶ Note précitée, p.4.

⁸¹⁷ Pour reprendre l'expression de M. Toutée, conclusions précitées, p.14.

⁸¹⁸ Et de fait, il faudra une intervention du législateur pour bouleverser totalement ces principes (Cf. *infra*, Section 2).

l'exception des territoires dotés d'un P.O.S. rendu public ou approuvé, ce qui ne correspond assurément pas au cas où le plan est seulement reconnu illégal par voie d'exception, puisque celui-ci ne disparaît pas de ce simple fait⁸¹⁹.

B. La portée foncière de la solution : la création d'un nouveau principe

L'arrêt *Assaupamar* a sans nul doute consacré un nouveau principe, dont le champ d'action, s'il s'avère extrêmement délimité, dépasse les strictes limites du droit de l'urbanisme.

1 - L'édition d'un principe débordant le cadre du contentieux intéressé

Même s'il faut admettre avec M. Abraham que la rédaction des décisions du Conseil d'État "ne permet guère, pour l'instant, de trancher avec certitude"⁸²⁰, on peut légitimement penser, à l'instar de MM. Honorat et Schwartz, que la solution *Assaupamar* a vocation globale et ne "paraît pas limitée au seul domaine de l'urbanisme"⁸²¹. C'est en effet une règle générale qu'a énoncée M. Toutée : "lorsqu'il existe un texte supérieur ou plus simplement un texte général, et qu'un texte illégal, inférieur ou spécial, y déroge ou s'y substitue, le texte supérieur ou général doit être appliqué tant par le juge que par l'administration". Cette construction ne semble pas devoir se limiter au seul rapport entre P.O.S. et R.N.U., mais bien valoir, comme le sous-entendaient déjà les conclusions Abraham sur l'arrêt *Commune de Boulazac*, pour toutes les hypothèses où se retrouve ce type de relations. Du moment que le juge a admis que ce mécanisme pouvait jouer en matière d'urbanisme, on voit mal comment il pourrait justifier, sur un plan théorique, un refus de transposer celui-ci aux domaines où une situation analogue se rencontrerait. Le Conseil d'État, par le biais de l'arrêt *Assaupamar*, a, en conséquence, nécessairement conféré à la reconnaissance d'une illégalité par voie d'exception la force suffisante pour écarter l'acte vicié au profit d'une réglementation encore en vigueur, mais dont sa présence interdisait l'application.

2 - L'édition d'un principe intéressant un cas de figure particulier

Il ne faut toutefois pas se leurrer sur la portée pratique de la nouvelle construction jurisprudentielle : comme l'a fait remarquer M. Bacquet, la présence d'une réglementation générale non abrogée par le P.O.S. irrégulier constitue une singularité que le droit de l'urbanisme ne partage qu'avec de "très rares" autres domaines⁸²². Aussi est-il peu probable que le principe consacré par l'arrêt *Assaupamar* trouve souvent à s'appliquer, d'autant que, nous allons le voir, il ne représente plus aujourd'hui la règle en droit de l'urbanisme, contentieux qui représentait son domaine de prédilection. Sa portée théorique se révèle pourtant loin d'être négligeable : il témoigne en effet d'une plus grande audace manifestée par le juge administratif, confronté à l'irrégularité d'un acte dénoncée par voie incidente. D'ailleurs, ce mouvement n'est

⁸¹⁹ Cf. sur ce point observations H. Charles sous T.A. Nice, 8/12/1981, Collectif pour sauvegarder la colline de la Paix et les Monts Niçois, *Dalloz* 1982, I.R., p.520.

⁸²⁰ Conclusions précitées, p.622.

⁸²¹ Chronique précitée, p.703.

Cf. toutefois, *contra*, la note B. Pacteau précitée (p.21) qui relève "le visible souci de l'arrêt rendu de ne statuer que (...) dans le strict cadre du code de l'urbanisme".

⁸²² *Répertoire Dalloz de contentieux administratif, art. cit.*, n°86.

pas isolé ; au contraire, d'autres solutions jurisprudentielles et textuelles, quoiqu'assez exceptionnelles, participent de la même volonté.

SECTION 2. LA REGLEMENTATION QU'ABROGEAIT L'ACTE ILLEGAL PEUT EXCEPTIONNELLEMENT RETROUVER SA VIGUEUR

Dans la situation qui va nous intéresser à présent, l'acte qui va resurgir du fait de la déclaration d'illégalité n'était pas censé se maintenir dans l'ordre juridique ; la décision reconnue irrégulière avait vocation à prendre sa suite, et à le reléguer au rang des mesures révolues. En dépit des principes inspirant la jurisprudence *Bargain*, l'acte vicié va faire place à la mesure qu'il devait remplacer. Cette hypothèse s'est trouvée consacrée par certaines solutions jurisprudentielles et textuelles. Bien que de nombreux et éminents membres de la doctrine n'aient pas hésité, sur leur base, à annoncer une évolution plus globale, ces cas de figure paraissent devoir être tenus pour extrêmement ponctuels.

Paragraphe 1. Inventaire des hypothèses considérées

On peut dénombrer deux cas de figure inhérents à des décisions de justice, côtoyant une solution récente issue d'un texte de loi.

I - Les nouveautés jurisprudentielles

Deux solutions particulières ont tendu à renforcer les incidences de la reconnaissance incidente de l'irrégularité à l'égard de l'acte en cause, dans la mesure où elles ont abouti à en écarter l'application, dans le litige même où avait été soulevée l'exception, au profit d'un acte antérieur :

A. La première construction, issue de l'arrêt *Sieur Mégard*⁸²³, a amené la Section du contentieux à refuser spontanément l'application d'un décret illégal - car rétroactif - à une situation contractuelle, et à lui préférer celle des dispositions "antérieurement en vigueur". L'attitude du Conseil d'État est ici particulièrement remarquable, dans la mesure où il a substitué d'office le texte ancien au règlement vicié.

B. La seconde, qui a suscité de plus nombreuses réactions en doctrine, est le fait de la jurisprudence *Ordre des architectes*⁸²⁴ : dans cette affaire, avaient été déclarés illégaux par voie d'exception deux décrets ayant abrogé des dispositions législatives antérieures donnant compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales les dispositions applicables aux marchés de l'État. Poussant alors plus loin son raisonnement, la

⁸²³ C.E., S., 5/02/1970, p.113.

⁸²⁴ C.E., Ass., 29/04/1981, p.198 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.422, note B. Genevois.

Haute Assemblée considéra que lesdites dispositions législatives n'avaient pu être "légalement abrogées" par les décrets mis en cause, ce qui induisait qu'elles étaient restées en vigueur et pouvaient dès lors servir de fondement à la mesure contestée au principal⁸²⁵. On mesure la distance qui sépare cette solution de celle pour laquelle avait opté le Conseil d'État quelque temps auparavant dans l'arrêt *Bargain* : les décrets illégaux ne sont plus ici réputés se maintenir en vigueur dans l'ordonnement juridique ; ils s'effacent au contraire, pour laisser resurgir les textes qu'ils avaient indûment abrogés.

II - L'innovation législative

C'est en particulier pour renverser la jurisprudence *Assaupamar* que le législateur est intervenu le 9 février 1994⁸²⁶. Mais, dans la mesure où, comme nous l'avons montré, une application stricte des principes de la jurisprudence *Bargain* n'était aucunement envisageable en la matière, le texte de loi a entendu aller encore plus loin que le juge ne s'était autorisé à le faire, et a assimilé les effets de la déclaration d'illégalité d'un P.O.S. à ceux d'une annulation ordinaire, en ce sens qu'elle permet désormais la résurrection du document d'urbanisme local antérieur (et non plus du R.N.U.). Le Parlement répondait ainsi à une volonté manifestée dès après l'adoption de la solution *Assaupamar* par un certain nombre de spécialistes de l'urbanisme.

A. La source de l'intervention législative : les critiques adressées à la solution *Assaupamar*

Bien qu'elle eût pu sembler, de par son caractère modéré, de nature à satisfaire tout le monde, la jurisprudence *Assaupamar* fit dès l'origine l'objet d'un certain nombre de critiques émises par des personnes autorisées.

1 - La première critique se concentrait sur le fait qu'il aurait été beaucoup plus simple d'interpréter l'interdiction d'abroger posée par l'article L.123-4-1 comme ne concernant que les P.O.S légaux. L'intention du législateur était, en effet, lorsqu'il a édicté cette disposition, d'éviter qu'une commune ne subisse la tentation d'élaborer un P.O.S. à la seule fin de bénéficier du transfert de compétence que cela induit et d'écartier la règle de constructibilité limitée, pour ensuite, libérée de toute contrainte, faire disparaître ledit P.O.S. et revenir au régime beaucoup plus permissif organisé par les règles nationales. Or, l'abrogation d'un P.O.S. à la suite de la reconnaissance juridictionnelle de son illégalité n'est en rien assimilable à ce quasi "détournement de procédure", puisqu'il ne s'agit plus alors, pour la commune, de mettre volontairement à l'écart un règlement qui la gêne, mais à l'inverse de conforter celui-ci en remédiant à son irrégularité.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire à première vue, le pouvoir d'abroger le plan illégal s'avère, dans une telle hypothèse, loin d'être superflu : outre qu'il permet d'éviter que la

⁸²⁵ A savoir l'article d'un décret ayant étendu aux marchés des collectivités locales les règles posées pour la passation des marchés d'études de l'État.

⁸²⁶ Texte précité, article 1.

commune subisse la constante tentation d'appliquer un P.O.S. que l'on sait irrégulier⁸²⁷, il a été démontré qu'une abrogation formelle ne saurait, en la matière, être toujours remplacée de façon satisfaisante par une simple procédure de révision. Il en va notamment ainsi lorsque l'illégalité à corriger affecte un P.O.S. rendu public. Dans un avis du 8 décembre 1988⁸²⁸, le Conseil d'État a admis que, dans un pareil cas, il convenait en règle générale de prescrire l'élaboration d'un nouveau P.O.S. dans la mesure où le Code de l'urbanisme ne prévoit pas de possibilité de révision dès ce stade. Or, pour ce faire, procéder au préalable à l'abrogation formelle du plan illégal semble nécessaire car, à défaut, "la commune se trouverait à la fois en situation de P.O.S. prescrit autorisant l'usage du sursis à statuer (...), et en situation de P.O.S. publié qui, opposable ou non aux tiers, interdit le recours" à ce mécanisme⁸²⁹. Les auteurs qui vont dans ce sens concluent donc que le droit des P.O.S. "peut sans grand inconvénient s'accommoder d'une formalité aussi simple"⁸³⁰ et s'accordent sur le caractère "absurde"⁸³¹ de l'interprétation abusive de l'article L.123-4-1 du Code de l'urbanisme par le Conseil d'État.

2 - Mais il était une critique nettement plus fondamentale qui consistait à montrer que l'ensemble des constructions jurisprudentielles en la matière conduisait à édifier un système équivalant à celui que le législateur avait entendu proscrire, système qu'on a pu qualifier de "décentralisation déréglementée"⁸³². Imaginons le cas d'un maire qui ne procédait à l'élaboration d'un P.O.S. qu'à la seule fin de bénéficier du transfert de compétence : il lui était tout à fait possible d'entacher volontairement cette opération d'une illégalité - ou d'organiser une révision totalement illégale - pour revenir, en vertu de la jurisprudence *Assaupamar*, au régime beaucoup moins contraignant du R.N.U.⁸³³, tout en ayant, à titre définitif, bénéficié dudit transfert. Et cette situation apparaissait d'autant plus confortable que, dans un tel cas, rien n'obligeait l'autorité locale à corriger cette illégalité. En effet, si le Code de l'urbanisme dispose, au travers de son article L.123-4-1, qu'en cas d'annulation juridictionnelle totale ou partielle du P.O.S., la commune est tenue d'en élaborer sans délai un nouveau, aucune règle de ce type n'est en revanche prévue lorsque l'illégalité est simplement reconnue par voie d'exception. Même si le rapport du Conseil d'État du 8 décembre 1988 a admis que l'autorité compétente se doit "de prendre les mesures appropriées pour disposer à nouveau, dans les meilleurs délais, d'un P.O.S. légal", il semble s'agir plus là d'un vœu pieux que d'une obligation juridiquement sanctionnée : seule la loi, compte tenu de l'existence du principe de la libre administration des collectivités locales, aurait pu imposer une telle attitude⁸³⁴. La position privilégiée occupée par l'autorité

⁸²⁷ En ce sens, Cf. J.P. Gain, *Répertoire Dalloz des collectivités locales*, p.8217.10, n°17 : "l'abrogation d'un acte juridique n'est pas seulement une commodité offerte au titulaire du pouvoir réglementaire ; c'est également une procédure permettant aisément d'éviter qu'un acte dont l'illégalité est notoire ne continue à être appliqué du seul fait que la procédure de révision qui le concerne n'a pas encore abouti".

⁸²⁸ Avis précité.

⁸²⁹ Note P. Benoît-Cattin sous Conseil d'État, 20/03/1985, Association pour la sauvegarde du paysage rural de Saint-Martin-du-Vivier, *Revue française de droit administratif* 1985, p.909.

⁸³⁰ Note Y. Jégouzo précitée, p.4.

⁸³¹ Selon l'expression de M. Barthélémy, *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif*, "Exception d'illégalité", mise à jour 1988, n°122.

⁸³² Note Y. Jégouzo précitée, p.4.

⁸³³ *Ibid.*

M. Jégouzo insiste à ce propos sur le fait que le maniement du R.N.U. "laisse au pouvoir discrétionnaire une marge de manoeuvre si large qu'on l'a soigneusement réservé aux services de l'État", et surtout sur l'idée que, dans le système national, "la protection de l'environnement n'est que très imparfaitement assurée".

Sur ce dernier point, voir, du même auteur, "Rapport de présentation du P.O.S. et préoccupations d'environnement", *Revue française de droit administratif* 1988, p.331.

Pour une opinion contraire, Cf. note J. Morand-Deville sous l'arrêt Commune de Saint-Palais-sur-mer (*note précitée*), le R.N.U. présentant selon elle des "garanties sérieuses".

⁸³⁴ Voir en ce sens note P.-L. Frier précitée, p.13.

communale du fait de la présence d'un P.O.S. illégal⁸³⁵ aurait plutôt semblé de nature à inciter celle-ci à s'abstenir d'en entreprendre une révision correctrice.

C'est la raison qui avait conduit M. Jégouzo, ajoutée au doute qu'il émettait sur le fait que les dispositions du R.N.U. "soit mieux adaptées aux situations présentes que celles d'un P.O.S. antérieur de quelques années et arrêté en fonction des circonstances locales"⁸³⁶, à exhorter le Conseil d'État à renverser de façon radicale la solution *Bargain* et à préférer à la résurgence de la réglementation nationale la résurrection de la règle locale antérieure, du moins lorsque celle-ci n'est pas entachée de la même irrégularité que le P.O.S. déclaré illégal⁸³⁷. A défaut d'une évolution jurisprudentielle en ce sens, c'est au législateur qu'il devait incomber d'exaucer ce souhait.

B. Le résultat de l'intervention législative : la résurgence de principe du document d'urbanisme local antérieur

En attendant la refonte globale annoncée du Code de l'urbanisme, le Gouvernement a manifesté le souci de faire voter par le législateur un texte destiné à remédier incessamment aux défauts les plus criards qui affectaient ce droit⁸³⁸. Au rang de ceux-ci figurait en bonne place⁸³⁹ le problème du texte applicable en cas de déclaration incidente d'illégalité du P.O.S.. Lors de la présentation de son projet de loi au Sénat, M. B. Bosson, ministre de l'équipement, des transports et du tourisme, se faisait l'écho des critiques adressées à la jurisprudence *Assaupamar*, et plaidait en ces termes pour un renversement de celle-ci : "... en cas de document d'urbanisme (...) déclaré illégal, la collectivité se trouve soumise au R.N.U., comme si elle n'avait jamais eu de document d'urbanisme, comme si, en un mot, elle n'avait jamais assumé la décentralisation... Dans un tel cas, le retour au document d'urbanisme antérieur est clairement un moindre mal ; le simple bon sens l'impose"⁸⁴⁰. C'est pourquoi l'article 1er de la loi du 9/02/1994 (qui constitue l'article 125-5 du Code de l'urbanisme) a posé le principe selon lequel toute reconnaissance juridictionnelle de l'illégalité d'un P.O.S. ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le document immédiatement antérieur. On fait ainsi appel, au prix d'une franche négation des règles établies par l'arrêt *Bargain*, à une réglementation forcément mieux adaptée à la situation locale que ne peuvent l'être les dispositions nationales. Toutefois, la navette législative a partagé le souci manifesté par le Conseil d'État lors de l'adoption de la solution *Assaupamar*, et a entendu ménager une

En outre, lorsqu'un P.O.S. révisé a été annulé, le Conseil d'État a précisé que c'est une nouvelle élaboration de P.O.S. qui doit être effectuée, et non une révision du P.O.S. approuvé antérieur à l'annulation, désormais considéré comme dénué de vie. Cf C.E., 6 avril 1992, Association des amis de St-Palais-sur-Mer, req. n°80-416.

⁸³⁵ Position qui était d'autant plus confortable lorsque la jurisprudence Gepro était appliquée dans toute sa rigueur (Cf *infra*).

⁸³⁶ Note précitée, p.4.

⁸³⁷ *Ibid.*, p.6.

⁸³⁸ En dépit de ce caractère limité, la "petite loi de l'urbanisme" comme l'ont nommée certains a fait l'objet de nombreux commentaires. Cf. notamment F. Moderne, "La doctrine et la loi sur l'urbanisme du 9 février 1994", *Revue française de droit administratif* 1995, p.82, et la bibliographie citée par l'auteur p.83.

⁸³⁹ Il semble même qu'il s'agisse du "motif déterminant" de l'intervention législative. En ce sens, Cf. F. Bouyssou, "Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, pp.208 et s.

⁸⁴⁰ J.O. Sénat (Débats), séance du 14/10/1993, p.3142.

porte de sortie aux collectivités concernées quand le document d'urbanisme antérieur s'avère totalement inadapté aux situations présentes : le conseil municipal peut alors, par délibération motivée constatant que le texte applicable est devenu illégal par suite d'un changement de circonstances de fait ou de droit, décider de revenir au R.N.U.⁸⁴¹.

Paragraphe 2. Estimation des hypothèses considérées

L'exploitation doctrinale des différents cas où la jurisprudence *Bargain* a été mise à mal est loin de présenter un visage homogène ; une lecture attentive de ces solutions nous permettra cependant de forger notre propre opinion.

I - Les divergences d'appréciation doctrinale sur l'importance à leur accorder

Ce sont essentiellement les jurisprudences qui viennent d'être évoquées, et à titre principal l'arrêt *Ordre des architectes*, qui furent interprétées de manière contradictoire par deux courants de la doctrine :

A. La thèse de l'exception au principe issu de l'arrêt *Bargain*

La première tendance, représentée notamment par M. Bacquet⁸⁴², ne voit dans ces solutions qu'une "exception" au principe demeuré valable posé par la jurisprudence *Bargain*, exception justifiée par le fait que le Conseil d'État y "applique implicitement la théorie de la nullité" : la Haute juridiction dénierait ainsi toute valeur juridique aux mesures réglementaires ayant abrogé une disposition législative. Cette thèse semble corroborée par la jurisprudence antérieure : le Conseil d'État avait lui-même déjà décidé qu'une disposition réglementaire n'avait pu "ni abroger, ni modifier au fond aucune des dispositions législatives en vigueur au moment de son intervention"⁸⁴³ ; le Tribunal des Conflits avait lui aussi parfois écarté l'application de dispositions réglementaires fixant les limites de compétence des juridictions administratives et judiciaires portant atteinte au domaine de la loi tel que défini par l'article 34 de la Constitution⁸⁴⁴ ; mais la formule la plus édifiante a été employée par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, qui a jugé que de tels textes réglementaires empiétant sur un domaine réservé à la loi sont "inopérants et de nulle efficacité juridique"⁸⁴⁵. Il semblerait donc,

⁸⁴¹ M. Jégouzo (note sous l'arrêt *Assaupamar* précitée, p.6) avait prôné ce tempérament : "c'est seulement si -la règle d'urbanisme locale antérieure- est elle-même entachée d'illégalité que le recours aux règles nationales peut s'envisager". Dans un tel cas en effet, on ne peut faire l'économie d'un retour à la seule réglementation incontestable. En revanche, le Parlement n'a pas jugé bon de permettre à la commune de s'en remettre au R.N.U. en dehors d'une telle illégalité, comme le proposait un amendement voté par l'Assemblée Nationale (J.O. Ass. Nat. (Débats), 1er/12/1993, p.6843), amendement qui, à l'évidence, ne tirait pas toutes les conséquences de la décentralisation de l'urbanisme.

⁸⁴² *Répertoire Dalloz Contentieux administratif*, "Exception d'illégalité", n°93. A noter que cet auteur n'est autre que le commissaire du gouvernement ayant exhorté le Conseil d'État à opter pour la solution *Bargain*.

⁸⁴³ C.E., Ass., 4/02/1966, *Veuve Caffort*, p.77.

Voir dans le même sens C.E., 21/07/1972, *Saingery*, p.555.

⁸⁴⁴ Voir notamment T.C., 2/03/1970, *Duvoir c/ S.N.C.F.*, p.885, conclusions G. Braibant.

⁸⁴⁵ 26/04/1951, *Reibel* ; *Dalloz* 1951, J., 601, rapp. A. Pepy (cité par Genevois, note précitée).

si l'on suit l'analyse de M. Baquet, que le fait pour un règlement de tenter d'abroger une loi soit considéré par le juge comme une illégalité tellement grave et de nature si particulière qu'elle justifie l'effacement de l'acte vicié et permet ainsi l'application des dispositions antérieures. Cette analyse pourrait également expliquer la solution *Mégard*, le principe de non-rétroactivité des décisions administratives, érigé au rang des principes généraux du droit⁸⁴⁶, nécessitant lui aussi une protection particulière que l'effacement de l'acte y contrevenant permettrait d'assurer⁸⁴⁷.

B. La thèse d'un début de renversement du principe issu de la jurisprudence *Bargain*

Le second courant doctrinal trouve sa source dans la note de M. Genevois sous l'arrêt *Ordre des architectes*⁸⁴⁸. Celui-ci n'hésite pas en effet à affirmer que la décision d'Assemblée en question "implique (...) un renversement de perspectives par rapport aux conclusions que l'on avait crû pouvoir inférer de la décision *Bargain*"⁸⁴⁹, sous-entendant que le Conseil d'État, qui se lance de la sorte sur la voie de l'effacement de l'acte dont l'illégalité est constatée par voie d'exception, ne doit pas limiter cette construction au cas spécifique de l'abrogation irrégulière d'une disposition législative. Le Professeur Chapus ne va pas tarder à reprendre le flambeau ainsi embrasé, en prétendant notamment que "l'illégalité liée à l'abrogation d'une loi n'est pas d'une nature ou d'un degré autres que celle qui résulte de l'abrogation d'un règlement"⁸⁵⁰. Et celui-ci d'en tirer la conclusion que l'arrêt *Ordre des architectes* a vocation à acquérir une portée générale. Les arguments développés par ces deux grands spécialistes du contentieux administratif en faveur du renversement de la jurisprudence *Bargain* contrebalancent ceux qu'avait avancés M. Baquet pour imposer cette dernière solution⁸⁵¹ :

1 - Ils font tout d'abord remarquer qu'un tel revirement est seul susceptible d'éviter les vides juridiques auxquels conduisent inexorablement les effets conjugués des jurisprudences *Bargain* - empêchant la résurrection des mesures antérieures du fait du maintien du règlement reconnu illégal dans l'ordonnancement juridique - et *Ponard* - qui interdit à l'administration d'appliquer un tel règlement. Cette situation de blocage va perdurer jusqu'à ce que l'administration édicte une nouvelle réglementation dans des conditions cette fois légales, ce qui nécessite parfois un laps de temps assez important⁸⁵². Cela ne va pas sans choquer l'esprit de tout juriste digne de ce nom, tant il est vrai que, comme le souligne M. Chapus, "le droit a horreur du vide"⁸⁵³.

2 - Ils infirment ensuite l'argument qui mettait en exergue le danger représenté par la coexistence de deux règles en vigueur puisque, dans le système qu'ils prônent, seule la règle antérieure deviendrait applicable de par l'interdiction d'appliquer une réglementation irrégulière formulée par la jurisprudence *Ponard*.

⁸⁴⁶ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

⁸⁴⁷ Pour une autre présentation des jurisprudences *Ordre des architectes* et *Sieur Mégard* comme exceptions apportés au principe dégagé par l'arrêt *Bargain*, voir C. Maugüé et R. Schwartz, "Les conséquences de l'illégalité des plans d'occupation des sols", *Actualité juridique, Droit administratif* mai 1993, n° spécial sur le droit de l'urbanisme, p.50.

⁸⁴⁸ Note précitée.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p.434.

⁸⁵⁰ *Droit du contentieux administratif*, n°896.

⁸⁵¹ Voir *supra*, Titre préliminaire.

⁸⁵² Voir soulève des problèmes insolubles, comme nous avons pu le noter en droit de l'urbanisme, du fait de l'interdiction législative d'abroger un P.O.S..

⁸⁵³ *Droit du contentieux administratif*, n°896.

3 - M. Genevois réfute également l'idée qui veut qu'une solution différente de celle de l'arrêt *Bargain* aboutirait à rendre platonique l'obligation de respecter les délais de recours contentieux à l'encontre de l'acte illégal car, pour lui, "la règle demeure que l'annulation pour excès de pouvoir produit effet *erga omnes* alors que la décision constatant l'illégalité d'un texte par la voie de l'exception n'a, en principe, que l'autorité relative de chose jugée et ne vaut que pour les parties au litige"⁸⁵⁴. L'acte reconnu irrégulier à l'occasion d'une contestation portant sur l'un de ses actes d'application, s'il s'efface dans ce contentieux particulier au profit de la réglementation antérieure, n'en reste pas moins présent dans l'ordre juridique hors du champ limité de ce litige. L'auteur soutient dès lors que l'exception n'a pas ici le même effet matériel que celui que l'annulation - et elle seule - peut produire, du fait précisément de la non expiration du délai de recours contentieux à l'encontre des actes qu'elle frappe, à savoir celui de gommer la décision reconnue illégale ; et, selon lui, le principe de non application posé par la jurisprudence *Ponard* ne remet pas en cause cette vision.

4 - Toutes ces considérations conduisent enfin les partisans de cette thèse à conclure que rien de dirimant ne s'oppose à ce que les effets de l'exception et de l'annulation se rapprochent sur ce point précis. Si l'on admet, avec M. Genevois, que la paralysie des effets de l'acte reconnu illégal vise non seulement l'application des dispositions de celui-ci au litige en cause mais également son application "en tant qu'il a abrogé de précédentes dispositions"⁸⁵⁵, l'application de la réglementation antérieure dans le cadre strict de l'affaire à l'occasion de laquelle a été soulevée l'exception pourrait même sembler couler de source, y compris sur un plan purement juridique⁸⁵⁶. Quoi qu'il en soit, ces auteurs pensent qu'"un peu de volontarisme et de préoccupation de l'opportunité peuvent conduire à un dépassement du simple raisonnement logique" qu'avait suivi M. Bacquet dans l'affaire *Bargain*⁸⁵⁷.

Quelle est la solution que semble privilégier la jurisprudence administrative actuelle ? S'en tient-elle au strict respect du principe posé par l'arrêt *Bargain* ou note-t-on une dérive dans le sens souhaité par MM. Genevois et Chapus ? Rien ne permet de répondre avec certitude à cette interrogation, mais certains indices laissent à penser que le Conseil d'État marque une préférence pour la première proposition.

II - La souci manifesté par le Conseil d'État de circonscrire leur portée

Il serait plus qu'hasardeux d'affirmer que le Conseil d'État a amorcé un tournant dans sa jurisprudence qui aboutira, à terme, au renversement de la logique de l'arrêt *Bargain*. Aucun arrêt n'autorise réellement ce point de vue, pas même la solution *Ordre des architectes* qui s'est construite autour d'un cas trop particulier - tentative d'abrogation d'une loi par un règlement - pour servir de fondement crédible à une assertion aussi péremptoire⁸⁵⁸. Trois indices nous

⁸⁵⁴ Note précitée, p.434.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p.433.

⁸⁵⁶ Voir dans le même sens les conclusions précitées de J. Arrighi de Casanova sur T.A. Versailles, 22/05/1987, Mme Selz c/ Cne de Rubelles (*Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.675) : "il est logique d'estimer que, s'agissant d'un décret qui avait pour objet et prétendait avoir pour effet d'abroger une disposition législative, le maintien en vigueur de celle-ci n'est que la conséquence de la paralysie des effets de celui-là".

⁸⁵⁷ Cf R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°896.

⁸⁵⁸ Le professeur Chapus avait tenté cette généralisation dans l'avant-dernière édition de son manuel de contentieux administratif, affirmant que le Conseil d'État était, par le biais de l'arrêt *Ordre des architectes*, "revenu" sur la solution *Bargain* ; il se montre beaucoup moins catégorique dans la dernière édition.

conduisent même à penser que la politique du Conseil d'État tend plutôt à isoler et à reléguer les hypothèses atypiques au rang de dérogations :

A. On peut en premier lieu relever que M. Toutée, dans ses conclusions sur l'arrêt *Assaupamar*, bien que s'avouant "très tenté de (...) proposer de donner, en matière d'applicabilité des anciens textes, la même portée à l'illégalité reconnue par la voie de l'exception qu'à l'annulation"⁸⁵⁹, n'avait finalement pas jugé bon d'aller jusqu'à cette extrémité. Il préféra pousser la Section du contentieux à s'engager dans la voie médiane sus-décrite, qui permettait de concilier les deux positions extrêmes tout en évitant les défauts respectifs.

B. Il nous faut remarquer de surcroît que le Conseil d'État insiste, dès qu'il s'agit, pour une raison ou pour une autre, de procéder à l'effacement d'un acte déclaré illégal par voie d'exception, sur le fait que le texte qui s'y substitue n'a jamais cessé d'être en vigueur. Il en est notamment ainsi dans le cadre de la jurisprudence *Ordre des architectes* lorsque resurgit une loi que prétendait abroger une disposition réglementaire. La formulation de l'arrêt *Association des amis de la terre*⁸⁶⁰, arrêt qui se situe dans la lignée de cette jurisprudence, est particulièrement explicite à cet égard : l'illégalité du décret en cause a pour effet de "maintenir en vigueur" l'article de loi auquel il entendait se substituer⁸⁶¹. De même, lorsqu'un P.O.S. fait l'objet d'une révision et que cette procédure est entachée d'une irrégularité, rien ne saurait justifier une application anticipée des dispositions nouvelles ; on comprend qu'ici le P.O.S. initial, seul valablement en vigueur à l'époque de la demande, puisse servir de fondement à un permis de construire auquel on avait opposé, par anticipation, les règles irrégulièrement modifiées⁸⁶². C'est sans doute encore la raison pour laquelle le Conseil d'État ne fit pas de difficultés à admettre la solution *Assaupamar*, et qu'il a fallu une intervention du législateur pour permettre la résurrection de mesures réputés disparues.

C. Mais surtout, il semble que le juge ne puisse pas aller de lui-même, dans l'état actuel du droit, beaucoup plus loin que le raisonnement consacré par la jurisprudence *Assaupamar*, sauf hypothèses exceptionnelles -proches, nous l'avons dit, de l'inexistence. Bien qu'il ait souvent montré qu'il était capable de s'affranchir des principes les mieux établis lorsqu'il s'agit d'opter pour une solution que l'opportunité commande, il lui serait difficile en effet, sans faire acte d'administrateur, de décider qu'un texte que l'administration a décidé d'abroger constitue à nouveau l'état du droit applicable. Le raisonnement tenu par M. Genevois pour justifier un renversement de la solution *Bargain* trahit sur ce point une faille : d'un côté, cet auteur affirme - afin d'écartier le risque de double réglementation en vigueur - que seul le texte qui revit demeure effectif ; d'un autre, il joue sur le principe de l'autorité relative pour faire admettre que cette résurrection ne vaut que pour les parties au litige. Le contentieux des P.O.S. nous démontre que cette deuxième proposition est fautive : le texte qui resurgit fera office de seule réglementation en vigueur, que ce soit dans le cadre du contentieux qui a donné lieu à l'exception ou hors de celui-ci, et c'est lui qui gouvernera désormais - jusqu'à régularisation éventuelle du document illégal - la politique locale d'urbanisme. Or si le législateur est à même, comme il l'a fait, de décider cette résurgence, on peut légitimement penser que le juge ne

⁸⁵⁹ Conclusions précitées, p.13.

⁸⁶⁰ C.E., 10/02/1984, p.52 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1984, p.308, concl. P.-A. Jeanneney ; *Revue juridique de l'environnement* 1984, p.211, note J.-P. Colson.

⁸⁶¹ Voir dans le même sens conclusions G. Braibant sur T.C., 15/06/1970, *Duvoir c/ S.N.C.F.*, p.885 et surtout p.890 : le pouvoir réglementaire n'étant pas habilité à intervenir, "il en résulte que le système -législatif- antérieur est toujours applicable".

⁸⁶² C.E., 20/01/1988, *Epoux Le Roux*, p.32 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.495, observations J.-B. Auby.

pourrait y procéder seul sans porter atteinte au principe de séparation des fonctions administrative et juridictionnelle. Le principe consacré par la jurisprudence *Bargain*, s'il apparaît affaibli par toutes les solutions sus-décrites, demeure donc encore bien ancré dans la réalité jurisprudentielle.

L'analyse des conséquences de la constatation juridictionnelle de l'illégalité d'un acte administratif à l'égard de ce dernier démontre bien que l'inadaptation à l'état du droit de la conception classique qui opposait irrémédiablement celles que produit l'annulation et celles qu'engendre une déclaration d'illégalité. La mise à néant de l'acte annulé ne constitue pas une fatalité, pas plus que la pérennité de celui dont la régularité a été incidemment mise en cause. Cette relativisation du clivage traditionnel se poursuit inexorablement lorsque l'attention se déporte vers la chaîne d'actes intéressée par le jugement.

TITRE II

HOMOGENEISATION DES CHAINES D'ACTES CONCERNEES PAR L'ILLEGALITE CONSTATEE

Importance de l'onde de choc produite par l'annulation ; faiblesse de celle qu'occasionne la simple déclaration d'illégalité : tel est, on l'a rappelé, le schéma traditionnellement admis. Or, une fois encore, les présupposés ne résistent pas à la confrontation au droit positif. On nous présentait une longue chaîne d'actes touchée par les censures juridictionnelles directes, mais nombreux sont les éléments qui contribuent à fréquemment raccourcir celle-ci (Sous-titre I). Parallèlement, la reconnaissance incidente d'une illégalité s'affranchit souvent de la stricte bipolarité à laquelle la condamnaient les approches classiques (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I

UN CHAMP DES EFFETS DE L'ANNULATION PLUS REDUIT

QU'IL N'Y PARAÎT

La chaîne d'actes touchée par l'annulation d'une décision administrative se révèle parfois plus étroite que ce à quoi on aurait pu théoriquement s'attendre en regard d'exemples a priori analogues. Plusieurs facteurs peuvent en effet venir contrarier l'onde de choc occasionnée par la décision juridictionnelle, et soustraire certaines mesures ou situations à la censure par voie de conséquence. Ces limites semblent trop variées pour se plier à une classification générale qui n'apparaisse par trop caricaturale ; cependant, afin d'en ordonner la présentation, nous allons adopter une typologie qui, sans prétention de systématisation, offre l'avantage d'englober l'essentiel des problèmes dans un tableau synoptique. Dans cette perspective, nous distinguerons les limites consenties par le juge (Chapitre 1) de celles qui lui sont imposées (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES LIMITES CONSENTIES PAR LE JUGE

Dans les hypothèses qui vont être maintenant envisagées, nous avons affaire à première vue à des actes-conséquence de la mesure annulée qui, par extraordinaire, ne subiront pas le contrecoup de la censure de l'acte-base. On peut identifier deux types d'obstacles dressés à la contagion des effets de l'annulation, les uns inhérents à l'irrévocabilité de certaines situations, les autres liés à l'emploi de certaines techniques contentieuses.

SECTION 1. LES LIMITES INHERENTES A LA CONSECRATION DE CERTAINES IRREVOCABILITES

L'annulation d'un acte administratif fragilise en règle générale toutes les décisions, mêmes considérées comme "définitives", auxquelles ce dernier servait de fondement. Pourtant, pour des raisons d'opportunité, le juge estime parfois devoir sauver quelques-unes d'entre elles de la chute automatique ; et cette éventualité devient une réalité incontournable dès lors que les actes-conséquence en cause présentent un caractère juridictionnel⁸⁶³. Toutes ces hypothèses, nous le verrons, sont sous-tendues par des motivations de sécurité juridique.

Paragraphe 1. Irrévocabilité d'actes administratifs devenus définitifs

Un certain nombre d'actes administratifs vont être protégés des retombées de l'annulation contentieuse frappant la décision qui leur fournissait une base juridique, du fait que, pour une raison ou pour une autre, le juge considère que cette conséquence serait inopportune et préfère leur conférer un caractère définitif. Deux théories entrent ici en ligne de compte : celle des fonctionnaires de fait et celle des droits acquis.

⁸⁶³ Cette automaticité pourrait faire douter de l'opportunité de classer cette hypothèse dans la catégorie des limites de l'annulation "consenties" par le juge. Il n'est pas faux de considérer en effet que l'autorité de chose jugée s'impose à celui-ci et d'ailleurs, à l'heure de systématiser l'évolution des conséquences de la constatation d'une illégalité, c'est là l'option que nous privilégions (Cf. *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II). Toutefois, il n'en demeure pas moins que cette soumission à la chose jugée procède, à l'origine, d'une volonté juridictionnelle de ne pas remettre abusivement en cause des situations estimées cristallisées une fois pour toutes ; aussi nous autorisons-nous l'exposition de ce problème dans le cadre des présents développements.

I - Dans le cadre de la théorie des fonctionnaires de fait⁸⁶⁴

Des considérations de sécurité juridique ont conduit le Conseil d'État à consacrer cette entorse au caractère rétroactif de l'annulation, entorse dont il ne faut pas exagérer la portée.

A. L'affirmation de l'irrévocabilité des actes pris par un agent irrégulièrement investi

Deux temps peuvent être distingués dans l'érection de ce principe.

1 - Consécration du principe initial

Cette construction purement jurisprudentielle trouve à s'appliquer lorsque le juge a censuré la nomination irrégulière d'un agent public. En cas d'annulation d'une telle mesure d'investiture, la remise en état rétroactive qu'elle implique devrait en effet entraîner logiquement la chute de tous les actes que l'intéressé a été amené à prendre durant le temps où il est resté irrégulièrement en fonctions, à savoir à partir de sa nomination jusqu'à la censure de celle-ci par le juge de l'excès de pouvoir. Or, cette logique de la rétroactivité a paru depuis longtemps par trop rigoureuse et préjudiciable à la nécessaire continuité des services publics⁸⁶⁵. En exécution du jugement, l'administration se trouverait dans l'obligation de réviser parfois de très nombreuses situations juridiques, ce qui est à même d'engendrer d'énormes difficultés. De plus, les bénéficiaires des mesures prises peuvent le plus souvent prétendre à l'obtention de celles-ci. Devait-on admettre que la simple irrégularité de l'investiture de l'agent les ayant prises suffit à affecter leur légalité ? Le juge administratif ne l'a pas entendu ainsi et, s'inspirant d'une règle posée par une loi du 5 avril 1884 pour les seuls conseillers municipaux, a dégagé le principe selon lequel "un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi desdites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée"⁸⁶⁶. Cette règle implique donc que les décisions qu'a pu prendre l'agent en cause, ou à l'élaboration desquelles il a participé antérieurement à l'annulation de sa nomination, demeurent valables. C'est ainsi que dans l'arrêt de principe, la Haute Assemblée avait refusé d'annuler un tableau d'avancement au seul motif qu'avait contribué à son établissement un fonctionnaire irrégulièrement nommé. Cette jurisprudence classique a fait l'objet, assez récemment, d'un développement non négligeable.

⁸⁶⁴ Afin d'éviter toute confusion, il convient de préciser d'emblée que nous utilisons ici l'expression dans la seule perspective du contentieux de l'annulation. Il existe en effet une acception plus large, qui concerne plus généralement le droit de la fonction publique, et qui recouvre la transposition à celui-ci de la théorie juridique de l'apparence : ainsi, un tiers de bonne foi aura droit au maintien de l'acte qu'il a obtenu d'un agent dont l'investiture était plausible, alors même que ce dernier n'avait fait l'objet d'aucune réelle mesure de nomination. Cf. en particulier E. Jouve, "Recherches sur la théorie de l'apparence en droit administratif français", *Revue du droit public* 1968, p.283.

⁸⁶⁵ "Il n'y a plus de fonctionnement régulier des services publics possible si, avant d'obéir aux autorités publiques, les individus doivent exiger autre chose que les apparences de la légalité" affirmait G. Jèze (cité par P. Weil, *op. cit.*, p.215).

⁸⁶⁶ C.E., Ass., 2/11/1923, Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des P.T.T., p.669 ; faisant suite à C.E., 21/07/1876, Ducastel, p.701.

Le Conseil d'État reprend à son compte la formule du même Jèze qui estimait que "tant que le titre n'est pas annulé, foi est due au titre" (cité par E. Jouve, *art. cit.*, p.305).

2 - Extension du principe initial

L'arrêt d'Assemblée *Charbonnel* rendu le 2 décembre 1983⁸⁶⁷ a clairement étendu la théorie des fonctionnaires de fait aux actes pris par des élus locaux désignés par leur assemblée pour occuper certaines fonctions, lorsque cette désignation est ultérieurement censurée par le juge. Il s'agissait en l'espèce de l'élection du bureau du Conseil général de la Corrèze qui avait été annulée par la juridiction compétente. Le Conseil d'État, adaptant la formule classique, décide qu'"un membre du bureau du Conseil général doit être regardé comme régulièrement investi de ces fonctions tant que son élection n'a pas été annulée". La théorie des fonctionnaires de fait ne s'applique donc plus seulement, en l'absence de tout texte, aux agents irrégulièrement nommés, mais joue aujourd'hui également en faveur d'autorités élues⁸⁶⁸. Le commissaire du gouvernement Roux⁸⁶⁹ a démontré l'intérêt de cette extension, qui peut conduire à une application plus fréquente de la théorie étudiée dans la mesure où une élection fait, en règle générale, l'objet de plus nombreuses contestations qu'une simple nomination ; en outre, au sein d'assemblées collégiales telles que celle concernée par l'arrêt *Charbonnel*, la présence d'un seul "mal élu" aurait, en application des principes classiques de l'annulation par voie de conséquence, pour effet de vicier toutes les délibérations prises. On comprend qu'afin d'éviter ces complications souvent inutiles, la Haute Assemblée ait manifesté de souci de préserver ce qui pouvait l'être.

En dépit de l'enrichissement conséquent enregistré en 1983, il ne faut pas exagérer la portée de la théorie des fonctionnaires de fait qui semble a priori très cloisonnée.

B. La limitation de l'irrévocabilité des actes pris par un agent irrégulièrement investi

On peut regrouper en deux grandes catégories les limites posées à cette irrévocabilité :

1 - Les bornes liées à l'essence même de la théorie des fonctionnaires de fait

a) Il apparaît tout d'abord normal que seuls les actes pris antérieurement à l'annulation juridictionnelle échappent à la censure par voie de conséquence. Une fois l'irrégularité de la nomination avérée par le jugement, le fonctionnaire ne peut évidemment plus être "regardé comme légalement investi"⁸⁷⁰. C'est pourquoi le Conseil d'État a logiquement exclu de l'application de la théorie étudiée les décisions prises postérieurement à l'annulation prononcée : l'agent devant normalement cesser toutes fonctions, les mesures qu'il prendra tomberont en conséquence de la censure de son investiture⁸⁷¹.

b) La théorie des fonctionnaires de fait ne couvre ensuite que le vice découlant de l'irrégularité de la nomination. Il en résulte que les actes pris dans ces conditions sont susceptibles d'être annulés pour en raison d'une illégalité qui leur est propre. Cette règle, dont on trouve

⁸⁶⁷ Lebon p.474, conclusions M. Roux ; *Actualité juridique, Droit administratif*, p.76, chron. B. Lasserre et Delarue ; *Revue du droit public* 1985, p.827, note J. de Soto ; *Gazette du Palais* 1984, 1, p.169, note B. Poujade.

⁸⁶⁸ Sur ce point, voir notamment B. Maligner, *art. cit.*, *Revue française de la décentralisation*, septembre 1995, pp.79/80.

⁸⁶⁹ Conclusions précitées.

⁸⁷⁰ Formule empruntée à l'arrêt *Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des P.T.T.* précité.

⁸⁷¹ C.E., 13/03/1968, *Election du maire et de l'adjoint de Talasani*, p.180.

l'équivalent dans la jurisprudence constitutionnelle s'attachant aux validations législatives⁸⁷², s'intègre parfaitement à la logique présidant à l'application de la théorie, dont le but n'est évidemment pas de protéger de façon aveugle tout acte pris par une autorité irrégulièrement nommée, mais d'empêcher seulement que cette illégalité n'entraîne automatiquement la chute de tous les actes qu'elle a accomplis. Quoi de plus naturel que de réserver, en conséquence, l'hypothèse d'un vice propre pouvant affecter ceux-ci ! Ainsi, dans l'affaire *Commune du Moule*⁸⁷³, si le Conseil d'État décide certes que "les arrêtés de nomination intervenus ont créé des droits (...) nonobstant la circonstance qu'ils ont été pris par un maire élu par un conseil municipal dont l'élection a été ultérieurement annulée", il prend toutefois soin de préciser que cela n'est possible que "dès lors qu'il n'est pas admis que lesdites nominations aient été, elles-mêmes, prononcées par fraude". On peut également penser qu'une mesure entachée d'une illégalité propre serait susceptible d'engager la responsabilité de l'agent qui l'a prise ou de l'administration à laquelle appartient ce dernier, quand bien même la nomination de celui-ci serait par la suite annulée par le juge administratif.

2 - Les bornes liées au champ d'application de la théorie des fonctionnaires de fait

a) Le juge a expressément exclu de l'application de la théorie deux séries de situations :

* en premier lieu, si la théorie est invocable pour sauver de l'illégalité les travaux d'une commission auxquels a participé un fonctionnaire dont la nomination a été ultérieurement annulée⁸⁷⁴, elle ne saurait jouer en revanche pour couvrir une décision prise après consultation d'un organisme dont la composition est totalement irrégulière⁸⁷⁵. Elle n'a pas plus d'effet à l'égard des actes pris par des corps élus dont le mandat avait expiré et avait été illégalement prorogé⁸⁷⁶.

* en second lieu, la théorie des fonctionnaires de fait est impuissante à couvrir l'illégalité d'une mesure prise incompétamment par un agent régulièrement investi. Le cas le plus fréquent se rencontre lorsqu'un fonctionnaire prend certaines mesures sur la base d'une délégation de compétence qui lui a été irrégulièrement consentie. De tels actes seront annulés pour incompétence sans que la théorie étudiée puisse s'interposer⁸⁷⁷.

b) Ces deux limites s'expliquent par le souci du juge de ne pas conférer une importance exagérée à la théorie des fonctionnaires de fait. Si celle-ci peut s'avérer utile afin d'éviter certaines perturbations susceptibles de naître consécutivement au prononcé d'une annulation, elle ne saurait pour autant couvrir systématiquement une illégalité telle que l'incompétence, sauf à ouvrir la porte à de nombreux abus. Mais où fixer la nécessaire limite à la couverture de ce vice externe de la légalité ? Et pourquoi distinguer entre les effets de l'annulation d'une investiture irrégulière et, par exemple, ceux de la censure d'une délégation illégale, dans la mesure où la nature de l'irrégularité est la même dans les deux cas ?

⁸⁷² Voir *infra*, Chapitre suivant.

⁸⁷³ C.E., 27/10 1961, *Actualité juridique, Droit administratif* 1962, p.355, note C.M.

⁸⁷⁴ C.E., 24/06/1953, Perchel, p.312.

⁸⁷⁵ C.E., Ass., 9/12/1966, Berland, p.651.

⁸⁷⁶ Voir, s'agissant des Conseils d'université, C.E., S., 26/04/1978, Grumeyrolles, p.189.

⁸⁷⁷ Cf. par exemple : C.E., Ass., 13/05/1949, Couvrat ; *Dalloz* 1950, jurisp., p.77, note J.G.; et C.E., Ass., 17/02/1950, Meynier, p.11.

La jurisprudence repose en fait sur le postulat suivant : lorsqu'est annulée la nomination d'un fonctionnaire, exiger de l'administration qu'elle régularise toutes les décisions qu'il a été amené à prendre entraînerait pour elle de telles sujétions que cela nuirait exagérément au principe de continuité du service public et qu'il est préférable de réputer ces décisions régulières. Ce souci de ne pas entraver à outrance l'action administrative s'efface en revanche lorsque l'autorité compétente peut remédier facilement aux illégalités commises : ainsi pourra-t-elle par exemple rééditer la mesure litigieuse après régularisation de la composition de l'organisme consultatif dans l'hypothèse de l'arrêt *Berland* ; ou encore, au cas d'une délégation irrégulière, faire prendre la mesure contestée par l'autorité compétente. Cette distinction peut paraître extrêmement artificielle : il existe sans doute des cas dans lesquels l'annulation d'une délégation irrégulière suppose la remise en cause de situations beaucoup plus nombreuses que dans certaines hypothèses d'annulation de mesures d'investissement. Il semblerait nettement plus rationnel de ne pas s'enfermer ici dans des principes aux contours trop rigides, afin que le juge puisse au cas par cas apprécier, quelle que soit la nature de la mesure qui fait l'objet de l'annulation, si cette dernière doit entraîner la chute des décisions prises avant son prononcé, en faisant jouer dans chaque espèce des paramètres tels que la gravité de l'illégalité sanctionnée ou l'atteinte que l'exécution de l'arrêt est susceptible de porter au principe de continuité des services publics.

II - Dans le cadre de la théorie des droits acquis

Certaines décisions qui devraient normalement subir le contrecoup d'une annulation -car appartenant au même ensemble juridique que l'acte censuré- peuvent être isolées de ce dernier à raison du fait qu'elles ont créé des droits irrévocables. A ce propos, la jurisprudence paraît effectuer une distinction fondamentale selon que l'acte annulé revêt ou non une nature réglementaire ; mais cette nette différence de traitement (que trahit la lecture des diverses décisions rendues en la matière) s'avère difficilement explicable ; elle doit être en outre relativisée en considération certaines solutions jurisprudentielles qui sont venues en tempérer les excès.

A. Une irrévocabilité voulue variable selon la nature de la décision censurée

1 - Protection maximale des droits des tiers en cas d'annulation d'un règlement

De par la clarté des règles qu'ils formulent, les quelques arrêts rendus dans cette hypothèse témoignent de la ferme volonté du juge de la différencier nettement de celles où l'annulation porte sur des mesures d'une autre nature. Deux affaires méritent qu'on s'y attarde :

* Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *Caussidéry et autres*⁸⁷⁸, dans lequel le Conseil d'État a admis que l'annulation d'un décret n'avait pas pour effet de remettre en cause un arrêté pris sur sa base (portant classement et promotions des requérants), dans la mesure où ce dernier était "devenu définitif en l'absence de tout recours formé à son encontre dans les délais légaux". Il apparaissait ainsi pour la première fois que l'annulation d'un acte réglementaire n'empêchait pas

⁸⁷⁸ Arrêt précité.

la création de droits intangibles par des actes pris sur son fondement, dès lors que ces derniers n'avaient pas fait eux-mêmes l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en temps utile⁸⁷⁹.

* Ces prémices devaient être rapidement confirmés par l'arrêt de Section Sieur *Quériaud*⁸⁸⁰, à l'occasion duquel le commissaire du gouvernement Henry allait pouvoir clairement formuler la doctrine du Conseil d'État⁸⁸¹ : après avoir montré qu'une annulation d'acte individuel entraînait la chute, par voie de conséquence, de toutes les décisions dont il avait permis l'édition alors même que ces dernières n'auraient pas fait l'objet d'un recours contentieux propre, il soulignait qu'au contraire, "en cas d'annulation d'un texte réglementaire, il n'est pas possible de remettre en cause les décisions individuelles⁸⁸² prises en vertu de ce texte lorsqu'elles sont devenues définitives faute d'avoir été attaquées". Le retrait de telles mesures s'avère désormais impossible, les droits étant réputés acquis, donc intangibles ; si elle y procédait, l'administration commettrait un excès de pouvoir⁸⁸³. Un requérant ne peut donc se prévaloir de l'annulation d'une mesure réglementaire pour prétendre à la disparition des mesures qui ont créé des droits définitifs sur son fondement : ainsi, dans l'affaire *Quériaud*, à la suite de la censure juridictionnelle d'un arrêté du préfet de police modifiant le statut des inspecteurs de police, l'administration ne pouvait valablement que refuser de rapporter des décisions de classement et promotions intervenues en application de celui-ci qui n'avaient pas été contestées dans les délais légaux. La seule éventualité qui reste ouverte aux intéressés est d'obtenir une réparation du dommage qu'ont pu causer les diverses décisions irrégulières devenues irrévocables. Mais toute la difficulté sera de prouver la certitude du préjudice subi, comme le démontre l'affaire en question, dans laquelle la demande en indemnité n'a pu être accueillie en raison du caractère trop éventuel du dommage allégué par le demandeur.

2 - Protection plus aléatoire des droits des tiers en cas d'annulation d'une mesure individuelle

Pour raisonner à l'appui de situations concrètes, nous nous situerons dans l'hypothèse, la plus courante en pratique, où une éviction illégale de la fonction publique a été annulée par le juge de l'excès de pouvoir.

a) Si la protection des droits des tiers n'est pas ici par principe exclue, elle ne joue réellement que dans un cas très particulier, dégagé par l'arrêt *Rodde*⁸⁸⁴ : celui où l'administration a opposé au bénéficiaire de l'annulation un refus de réintégration. Le juge considère en effet que ledit refus, s'il n'a pas été attaqué dans le délai contentieux prévu à cet effet, devient définitif et crée par là même des droits irrévocables au profit de l'agent nommé à la place du requérant. Encore une fois, le seul repli ménagé pour ce dernier consiste dans la mise en jeu de la responsabilité

⁸⁷⁹ S'ils ont fait l'objet d'un tel recours, il y aura bien sûr annulation par voie de conséquence car la censure de l'acte-base les rend évidemment illégaux (C.E., 13/12/1963, O.N.I.C., p.621 ; *Revue du droit public* 1964, p.1003, note M. Waline) et les droits qu'ils entendaient créer n'ont pu se cristalliser.

⁸⁸⁰ C.E., S., 1/04/1960, p. 245, conclusions J-F. Henry.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p.249.

⁸⁸² Il sous-entend bien évidemment "décisions individuelles créatrices de droits", notion qu'il reprend par la suite en faisant sienne l'idée qu'"il n'est ni possible, ni souhaitable, de remettre en cause à tout moment des situations individuelles acquises alors qu'à l'origine, elles n'ont pas été contestées".

⁸⁸³ C.E., 1er/10/1958, Guien, p.466

⁸⁸⁴ C.E., 4/02/1955, p.72 ; Cf. également C.E., 1er/03/1957, Dlle Versini, *Revue pratique de droit administratif* 1957, n°123 ; C.E., 20/05/1960, Hennequin, p.1960 ; et C.E., S., 17/03/1961, Ducoût c/ Commune du Mont-Dore, p.184, arrêt précité.

de la puissance publique⁸⁸⁵, étant entendu qu'ici, la faute de l'autorité administrative est patente, et que la réalité du préjudice ne sera guère difficile à prouver. Le trouble causé par l'inexécution de la décision de justice sera donc presque automatiquement réparé par l'octroi d'une indemnité compensatoire.

b) Hormis cette configuration particulière, la jurisprudence a plutôt tendance à considérer qu'aucun droit définitif n'a pu valablement se constituer en vertu d'un acte que conditionnait une mesure individuelle annulée⁸⁸⁶. Cela résulte clairement du rapprochement de nombreuses décisions imposant à l'administration le retrait de ce type d'actes quand bien même, n'ayant pas fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans les deux mois, ils pourraient sembler irrévocables. Ainsi, l'autorité à qui incombe l'exécution de l'annulation peut, en vue de réintégrer le fonctionnaire irrégulièrement évincé, rapporter la nomination de son successeur sans que ce dernier ne puisse opposer aucun droit acquis à ce retrait, le poste qu'il occupe étant réputé, du fait de l'effet rétroactif de l'annulation, n'avoir jamais été vacant⁸⁸⁷. Il en va de la sorte pour ce qui est des suites de la censure juridictionnelle de nombreuses mesures individuelles⁸⁸⁸. De même, en matière de tableaux d'avancement, la censure d'un de ceux-ci impose à l'administration de "réviser rétroactivement toutes les nominations et promotions intervenues depuis (...) et dont le maintien était inconciliable avec cette annulation"⁸⁸⁹, alors même qu'elles n'ont fait l'objet d'aucun recours propre⁸⁹⁰. La solution sera équivalente en cas d'annulation d'une liste fixant l'aptitude à exercer certaines fonctions - par exemple celles de maître de conférences -, l'autorité compétente étant alors tenue de réviser toutes les nominations auxquelles elle servait de base sans avoir à prendre en considération si elles ont ou non été attaquées pour excès de pouvoir en temps utile⁸⁹¹.

B. Une discrimination difficilement justifiable tant en théorie qu'en pratique

1 - En théorie

* La doctrine a avoué son impuissance à expliquer d'un point de vue théorique la différence de traitement entre annulations d'un acte réglementaire et d'une mesure individuelle,

⁸⁸⁵ Il ne saurait en revanche obtenir du Conseil d'État le prononcé d'une astreinte en vue de contraindre l'administration à le réintégrer (C.E., 2/12/1983, Mlle Leroux, p.482 ; *La Revue administrative* 1984, p.265, note B. Pacteau ; et C.E., 5/05/1986, David, p. 130, conclusions S. Daël ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.460, obs. J. Moreau et p. 686, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; *La semaine juridique* 1986, n°20682, note G. Melleray et Ph. Terneyre ; *Revue du droit public* 1986, p.1474, note F. Llorens), solution de principe qui demeure valable en dépit des mesures tendant à de raréfier sa survenance (voir décret du 15/05/1990, J.O. du 16 mai 1990, p.5853 ; *Les petites affiches*, 13 juin 1990, p.14, commentaire B. Pacteau).

⁸⁸⁶ La jurisprudence a, depuis longtemps, penché en ce sens. Cette impression se forme notamment à la lecture de l'arrêt *Association des fonctionnaires de la Marine* (C.E., 29/07/1932, p.825) qui estimait que si "l'administration se trouve dans l'impossibilité absolue de procéder - à l'exécution du jugement - sans porter atteinte aux droits de certains intéressés, il appartient à ladite administration de leur accorder telle compensation que de droit ou même de provoquer l'intervention du législateur".

⁸⁸⁷ Voir notamment C.E., S., 20/01/1939, Hollender, p.20 ; Ass., 27/04/1949, Véron-Reville, précité ; 18/02/1955, Duboucher, p.94.

⁸⁸⁸ Voir par exemple, s'agissant de la prorogation d'une réquisition annulée, T.C., 27/03/1952, Vice-amiral Fenard, Sirey 1952, 3, p.105, note Thierry ; et pour l'affectation à un nouveau poste suite à un déplacement d'office irrégulier, C.E., 14/10/1960, Guichon, p.539.

⁸⁸⁹ Cf. l'arrêt Puisoye, précité ; et C.E., 19/12/1962, Rossignol, p.694.

⁸⁹⁰ C.E., 14/06/1967, Pujol, p.253.

⁸⁹¹ C.E., 25/05/1979, Dame Toledano-Abitbol, p.228 ; *Dalloz* 1979, I.R., p.384, obs. P. Delvolvé.

qui apparaît en effet "bien difficile à justifier en droit"⁸⁹² : quelle que soit la nature de la décision censurée, son anéantissement induit en principe la remise en cause de toutes les situations qu'il a pu susciter ; si le juge souhaite, dans un souci de stabilité juridique, renverser cette règle, on ne voit pas pourquoi, *a priori*, procéder à cet aménagement en faveur des seules décisions prises sur le fondement d'un règlement annulé.

* En outre, le tempérament proposé par la jurisprudence *Rodde* semble des plus critiquables sur le plan des principes : si l'on admet que l'exécution de la chose jugée prime les droits des tiers quand est annulée une mesure individuelle, rien ne justifie que la violation patente par l'administration des obligations qu'elle tient directement du jugement⁸⁹³ renverse cette préoccupation. Outre que cette solution "pénalise le justiciable diligent (...) par rapport à celui qui ne manifesterait pas le même empressement", "on comprend mal que des droits puissent être acquis à la faveur d'une violation délibérée de la chose jugée"⁸⁹⁴.

2 - En pratique

* Ce sont donc des considérations purement pratiques qui paraissent commander la distinction jurisprudentielle. Le Conseil d'État a sans doute raisonné en fonction de l'ampleur de la menace que fait peser l'annulation sur les droits des tiers⁸⁹⁵ : si l'acte censuré est de nature réglementaire, on peut craindre d'importantes perturbations dans la mesure où un tel acte est susceptible de très nombreuses applications ; on conçoit par conséquent que, dans ce domaine, le souci de stabilité juridique l'emporte systématiquement sur celui d'exacte exécution de la chose jugée. La jurisprudence a ici incontestablement tendu à "limiter les réactions en chaîne provoquées par l'annulation pour excès de pouvoir"⁸⁹⁶. En revanche, l'annulation d'une décision individuelle produit généralement des effets plus réduits, puisque pareille mesure ne vise que des personnes nommément désignées : le nombre des situations juridiques qui en dépendent s'avère par là même naturellement limité.

* Il est relativement facile de démontrer le caractère abusivement simplificateur de cette distinction : certains règlements annulés n'ont parfois donné lieu, avant l'intervention de la décision juridictionnelle, qu'à peu d'applications, et sacrifier dans ce cas la bonne exécution de la chose jugée aux droits des tiers perd sa justification pratique⁸⁹⁷. Au contraire, l'annulation de mesures individuelles ou collectives induit quelquefois la remise en cause de très nombreuses situations ; c'est le cas dans les hypothèses précédemment évoquées où sont censurés un tableau

⁸⁹² P. Weil, note précitée sous les arrêts *Cru* et *Caussidery*, p.202.

⁸⁹³ L'obligation de réintégration n'est en effet nullement subordonnée à une demande de l'intéressé : C.E., 9/02/1955, *Commune de Joinville-le-Pont*, p.79.

⁸⁹⁴ Note Llorens précitée.

⁸⁹⁵ Voir en ce sens *Carbajo*, *op. cit.* pp.252/253.

⁸⁹⁶ G. Braibant, *Etudes et documents du Conseil d'État 1961*, *art. cit.* p.57.

⁸⁹⁷ On peut à ce propos établir un parallèle avec la théorie du retrait des actes administratifs : si, passé le délai de recours, l'administration ne peut plus en principe rapporter un acte réglementaire, le juge réserve cependant l'hypothèse dans laquelle ledit acte n'a fait l'objet d'aucune application effective ; dans ce cas, le retrait reste possible, en vertu de la jurisprudence C.E., Ass., 21/10/1966, *Société Graciet et Cie*, p.560 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.274, conclusions Baudouin. La protection des droits de tiers n'a en effet pas lieu d'être invoquée ici, dans la mesure où l'absence d'application concrètes a empêché qu'il ne s'en crée.

d'avancement ou bien une liste d'aptitude⁸⁹⁸. Les bouleversements créés ne sont, dans ces derniers cas, pas moindres que dans la plupart des hypothèses d'annulation de règlements.

Devant cette avalanche de considérations plaidant pour une unité de traitement des conséquences de l'annulation d'un règlement et des effets de la censure d'une mesure individuelle ou collective, la jurisprudence a été contrainte d'apporter certains aménagements à la rigueur de la distinction classique.

C. Le tempérament consenti par la jurisprudence

L'attitude du juge administratif s'est aujourd'hui stabilisée sur une solution de compromis, en particulier dans le domaine sensible de la réintégration de l'agent à tort démis de ses fonctions. En effet, si, comme nous l'avons souligné, l'exécution normale de la chose jugée impose toujours que l'intéressé retrouve le poste dont on l'avait irrégulièrement privé sans que son remplaçant ne puisse opposer un quelconque droit acquis à son maintien dans celui-ci, un renversement de jurisprudence a permis qu'en pratique, ce dernier ne soit généralement pas tenu de laisser sa place au bénéficiaire de l'annulation. C'est l'arrêt *Guille*⁸⁹⁹ qui a posé la règle selon laquelle "un fonctionnaire ayant fait l'objet d'une mesure d'éviction annulée par la juridiction administrative ne peut, en principe, prétendre, en exécution de la décision d'annulation, qu'à un emploi de son grade dans son cadre mais non à sa réintégration dans l'emploi même qu'il occupait".

Quoiqu'il en soit, et au delà du *distinguo* opéré par la jurisprudence, il apparaît que l'existence de droits acquis est de nature à faire le plus souvent obstacle à l'extension des effets de l'annulation d'un acte à des mesures prises sur son fondement. Nous sommes, comme pour théorie des fonctionnaires de fait, en présence d'une limite circonstancielle des conséquences de la censure pour excès de pouvoir, le juge étant ici animé non plus de préoccupations de continuité du service public, mais du souci tout aussi louable d'assurer une certaine sécurité juridique que la remise en cause de droits définitifs mettrait à mal⁹⁰⁰: dans le cadre des deux théories ci-dessus étudiées, nous avons pu effectivement constater que le Conseil d'État se réservait une certaine marge de manœuvre, et ne protégeait les situations menacées que lorsqu'il l'estime réellement nécessaire. Plus systématique est l'irrévocabilité qui va nous intéresser à présent.

⁸⁹⁸ Voir les jurisprudences Puisoye et Toledano-Abitbol précitées.

⁸⁹⁹ C.E., S., 16/10/1959, p.316.

Cette jurisprudence est depuis réaffirmée avec constance (Cf. C.E., 21/01/1972, Dufournet, *Actualité juridique, Droit administratif* 1972 p.591 ; et 11/01/1985, Lebras, *Droit administratif* 1985, n°93) ; elle a en outre été affinée par quelques arrêts : ainsi, hors le cas où l'agent a droit à intégrer un poste plus élevé, le juge a précisé que l'emploi devait être "identique" à celui qu'il occupait, quel que soit le lieu où se trouve cet emploi (C.E., 25/06/1976, Gaillard, *Actualité juridique, Droit administratif* 1977, p.391, note S.S.), ou, à défaut, présenter un caractère "équivalent" (C.E., 10/01/1969, Jarry, p.872).

⁹⁰⁰ Pour plus de précisions sur la notion de droits acquis et sur ces fondements, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II.

Paragraphe 2. Irrévocabilité des actes juridictionnels devenus définitifs

Même si l'on ne peut pas parler ici de création de droits, on va retrouver un schéma similaire à celui évoqué dans les développements immédiatement précédent : c'est parce qu'elles sont devenues définitives du fait de l'expiration des voies de recours ménagées contre elles que l'annulation d'un acte qui aurait logiquement dû les affecter n'aura aucune prise sur les décisions considérées. Mais, à la différence des actes créateurs de droits qui présentent le caractère de décisions administratives, il va s'agir à présent d'actes juridictionnels émanant du juge judiciaire, civil ou répressif, et dont le sort était d'une manière ou d'une autre lié à celui d'un acte administratif. Après avoir rappelé que le caractère absolu de l'annulation l'impose normalement à ce type de décisions juridictionnelles lorsqu'elles n'ont pas acquis un caractère définitif, nous montrerons quel tempérament il faut apporter à cette logique dans le cas contraire.

I - La suprématie de principe de l'annulation sur le procès judiciaire

Nous avons déjà remarqué⁹⁰¹ qu'une annulation prononcée par le juge administratif, de par son caractère absolu, s'imposait à toutes les juridictions aussi bien administratives que judiciaires, pour la bonne et simple raison que l'acte annulé est censé ne plus faire partie de l'ordonnement juridique⁹⁰². Cette omnipotence de l'annulation se retrouve dans l'idée qu'il n'est pas nécessaire qu'elle présente un caractère définitif pour que le juge judiciaire doive en tirer les conséquences. Peu importe en effet que le jugement qui la prononce soit frappé d'appel, ni même qu'une demande de sursis à exécution ait été formulée à son encontre⁹⁰³. Le juge judiciaire a d'ailleurs une conscience aiguë de la force des annulations prononcées par le juge administratif, puisqu'il permet parfois - et de manière contestable - à des requérants de s'en prévaloir, alors qu'ils semblent ne pas remplir la condition d'intérêt à agir⁹⁰⁴. Ainsi, du moment qu'une décision administrative qui conditionnait le sens d'une décision juridictionnelle a été censurée par le juge administratif, cette dernière s'en trouvera normalement affectée. Deux points méritent cependant d'être ici dissociés :

A. Prédominance de l'annulation antérieure à l'engagement de la procédure

C'est dans cette situation que les choses s'avèrent les plus simples, puisque l'annulation va pouvoir produire tous ses effets sans que ceux-ci ne se trouvent contrariés par quoi que ce soit. Pour illustrer notre propos, nous prendrons deux hypothèses à titre d'exemple principaux, hypothèses dont nous nous servons d'ailleurs tout au long de ce paragraphe : il s'agit de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique et des poursuites effectuées sur la base d'un règlement de police :

⁹⁰¹ Se reporter *supra*, Titre préliminaire.

⁹⁰² Cf. notamment Duguit, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, T.II, p.391 : "Les juges qui en feraient état prendraient une décision contraire au droit objectif".

⁹⁰³ T.C., 13/01/1958, Société des ateliers de wagons de Brignoud, p.792, précité.

Mais le prononcé du sursis suffirait en revanche à priver l'annulation de ses effets : C. Cass., Soc., 18/07/1978, *Bull. civ. V*, n°598 ; et 14/12/1978, *ibid.*, n°867.

⁹⁰⁴ Cf. C. Cass., Civ. (1^{ère}), 25/06/1985, Cochin et autres c/ Dlle Chansin, *Dalloz* 1985, p.517, note E. Agostini : ce faisant, la Cour "confond autorité absolue, qui s'impose à tous, et nullité absolue invocable par tous" (note Agostini précitée).

1 - Pour ce qui est de l'expropriation, on sait que la procédure y est à la fois administrative et judiciaire : s'il incombe à l'administration de préparer le transfert de propriété au cours de la première phase du processus au moyen de trois actes -dossier ; déclaration d'utilité publique (D.U.P.) ; arrêté de cessibilité-, c'est au juge judiciaire qu'il reviendra en fin de compte de prononcer celui-ci et d'évaluer les indemnités dues aux expropriés⁹⁰⁵. Or, s'il advient que la D.U.P. ou l'arrêté de cessibilité soient annulés par le juge administratif avant que l'ordonnance d'expropriation n'ait été rendue par le juge judiciaire, l'effet absolu qui caractérise cette censure empêche désormais ce dernier de prendre ladite ordonnance, faute de quoi elle serait cassée de manière systématique par la Cour de cassation⁹⁰⁶, de la même façon que si ces actes avaient été valablement retirés par l'autorité administrative⁹⁰⁷.

2 - Pour ce qui est des règlements de police, il n'existe pas plus de problème : l'annulation d'un de ceux-ci empêche de considérer comme une infraction les faits qu'il qualifiait de tels : en conséquence, dorénavant, un particulier ne pourra se voir poursuivi sur cette base. Un jugement qui ferait fi de cette annulation encourrait automatiquement une cassation.

B. Prédominance de l'annulation antérieure au terme de la procédure

Dans cette hypothèse, le tribunal judiciaire a déjà été saisi mais, soit il n'a pas encore statué, soit sa décision est encore susceptible de révision du fait de la non expiration des voies de recours ouvertes à son encontre. Certains points de vue doctrinaux ou jurisprudentiels ont pu ici sembler faire obstacle aux pleins effets de l'annulation ; mais aujourd'hui, il faut considérer cette situation analogue à celle où l'annulation intervient avant l'engagement de toute procédure.

1 - Les difficultés doctrinales et jurisprudentielles

a) Il convient avant toute chose d'évacuer ce qui pourrait paraître une difficulté et qui n'en n'est pas une : l'annulation d'une décision ne va pas produire ses effets sur certains actes dès lors qu'ils n'appartiennent pas à une seule et même chaîne. L'acte annulé ne servait pas de fondement aux actes contestés, et par suite, on comprend l'absence d'automatisme entre sa chute et la leur. Ainsi par exemple, l'annulation d'un permis de construire ne suffit pas à assurer le succès d'une action en démolition, les requérants devant prouver de surcroît une infraction aux servitudes d'urbanisme, ainsi que l'existence d'un préjudice personnel en relation directe avec celle-ci⁹⁰⁸. De même, une annulation prononcée par le juge administratif à l'occasion de poursuites disciplinaires n'aura pas autorité à l'égard d'un procès répressif pourtant suscité par les mêmes faits, dans la mesure où ces derniers sont ici uniquement appréciés au regard du droit pénal⁹⁰⁹. Dans ces deux cas, l'annulation prononcée par les tribunaux administratifs ne produit aucun effet direct sur l'attitude du juge judiciaire dans la mesure où l'acte qu'elle frappe n'était pas seul à conditionner l'issue de la procédure ; il n'y a là rien d'autre que l'application de la règle qui veut que l'annulation n'affecte que les décisions faisant partie de la même chaîne d'actes telle qu'elle a été définie plus haut⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ Pour une présentation détaillée de cette procédure, voir entre autres R. Chapus, *Droit administratif général*, t. II, n°755 s. ; et J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz.

⁹⁰⁶ C. Cass, 16/07/1962, Pontal, *Bull. civ.*, III, p. 302 ; C. Cass, Ch. expro., 23/10/1969, Girouard, n°6570, p.274. Un jugement qui aurait déjà fixé l'indemnité subirait le même sort : C. Cass, com., 10/02/1960, *Bull. civ.*, III, p.55.

⁹⁰⁷ C. Cass, Ch. expro., 28/04/1967, *Bull.*, V, n°4, p.28.

⁹⁰⁸ Cf. par exemple C. Cass. Civ., 15/04/1980, *Bull. Civ. I*, n°75.

⁹⁰⁹ C. Cass. Crim., 6/11/1952, *Bull. crim.* n°244.

⁹¹⁰ Cf. *supra*, Titre préliminaire.

b) D'autres solutions ont au contraire soulevé d'authentiques difficultés. Certains auteurs et décisions jurisprudentielles ont en effet parfois tendu à dénier tout effet rétroactif, ou du moins pleine portée rétroactive à l'annulation dans l'hypothèse qui nous intéresse :

* Les objections théoriques

- C'est en premier lieu Laferrière qui, en matière de règlements de police, va considérer que "l'acte existait au moment où l'infraction a été commise ; l'annulation ultérieurement prononcée n'a pu l'anéantir rétroactivement, puisque les actes administratifs sont exécutoires par provision et que les pourvois au Conseil d'État n'ont pas d'effet suspensif"⁹¹¹.

- D'autres ont contesté le fait que le juge administratif puisse désavouer l'appréciation de légalité du règlement de police nécessairement pratiquée par le juge répressif lorsqu'il a statué⁹¹² ; si celui-ci a appliqué ce texte, c'est qu'il l'a considéré comme légal, puisque un tel pouvoir d'appréciation lui a été expressément reconnu dès l'adoption de la jurisprudence *Avranches et Desmarests*⁹¹³, et confirmé par l'article 111-5 du nouveau Code pénal⁹¹⁴. Ce fut notamment la position de Jèze⁹¹⁵, qui voyait dans la reconnaissance de la suprématie de l'appréciation pratiquée par la juridiction administrative une atteinte injustifiable à l'autorité de chose jugée, par application trop stricte du principe de séparation des pouvoirs.

* Les réticences jurisprudentielles

- Le raisonnement de Laferrière a été repris dans les années 50 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mai 1953⁹¹⁶. Celle-ci devait se prononcer sur le recouvrement de taxes parafiscales qui avaient été perçues sur la base d'un règlement annulé par le Conseil d'État. Or, antérieurement à cette annulation, le tribunal judiciaire avait déclarées légales les taxes en question. La Cour va estimer que "si une décision du Conseil d'État prononçant l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir a effet *erga omnes*, il ne peut cependant en être ainsi qu'à partir où ladite décision a été rendue". En l'espèce, l'annulation n'étant intervenue qu'au cours de l'instance introduite devant la Cour de Cassation, et donc postérieurement à la décision des premiers juges, cette dernière se trouvait donc à l'abri de ses effets.

- On se doit de rapprocher cette solution des problèmes qui se sont posés en matière d'annulation d'autorisations de licenciement de salariés protégés, même si dans ce cas, aucune décision judiciaire n'intervenait initialement. A l'origine, en effet, la chambre sociale de la Cour de Cassation considérait qu'une telle annulation ne remettait pas en cause le licenciement

⁹¹¹ *Op. cit.* t. I, p.506.

⁹¹² Les divergences d'appréciation de la légalité d'un règlement administratif entre les deux ordres de juridiction ne sont pas rares, dans la mesure où les méthodes juge pénal se différencient de celles employées par le juge administratif, même si ce hiatus, depuis longtemps relevé par la doctrine, semble avoir tendance à se combler (Cf. note Lamarque sous Cass. Crim., 21/12/1961, *La semaine juridique* 1962, II, n°12680).

⁹¹³ T.C., 5/07/1951, p.638 ; Dalloz 1952, p.271, note C. Blaevet ; *La semaine juridique* 1951, n°6623, note A. Homont ; *La Revue administrative* 1951, p.492, note G. Liet-Veaux ; Sirey 1952.3.1, note J.-M. Auby.

La chambre Criminelle de la Cour de cassation admet depuis longtemps ce raisonnement : dans un arrêt Jacquot, en date du 5 août 1915 (*Dalloz* 1916.I. p.123 (5^{ème} espèce)), elle considère en effet que la légalité du règlement de police que devait appliquer le Tribunal correctionnel "a été nécessairement appréciée par ce tribunal" lorsqu'il a statué.

⁹¹⁴ Voir *supra*, Introduction.

⁹¹⁵ *Revue du droit public* 1913, p.489.

⁹¹⁶ Sirey 1954, I., p.1, note R. Drago.

définitivement prononcé, parce qu'il l'avait été à une époque où l'autorisation légalement nécessaire était applicable⁹¹⁷, tandis que la chambre criminelle estimait au contraire que le licenciement se trouvait alors privé de tout fondement, et que l'employeur était tenu, sous peine de commettre le délit d'entrave, de réintégrer le salarié protégé⁹¹⁸. Mettant fin à cette divergence initiale, la chambre mixte admit que le licenciement restait valable pour la période antérieure à l'annulation, mais devenait "inopérant" à partir de celle-ci, ce qui obligeait l'employeur à réintégration ; si celui-ci ne s'exécutait pas, le salarié ne pouvait prétendre qu'à la réparation du préjudice subi postérieurement à l'annulation⁹¹⁹.

2 - La disparition des difficultés

a) La réfutation des objections théoriques

Comme l'a montré M. Weil⁹²⁰, le raisonnement de Laferrière reposait sur une erreur fondamentale : l'annulation d'un règlement de police, comme toute annulation prononcée par le juge administratif, supprime *ab initio* qu'elle frappe. Il en résulte que la "base légale" de la décision judiciaire initiale (à savoir l'incrimination que pratiquait le règlement annulé) a disparu corrélativement à l'effacement de la décision annulée de l'ordonnement juridique. Les faits réprimés ne sont pas matériellement affectés ; c'est leur qualification d'"infraction" qui ne peut plus être retenue, en conséquence de quoi la Cour de cassation (qui se doit de rechercher si la base légale existe toujours) sera contrainte d'infirmer la décision des premiers juges, sauf pour elle à appliquer un texte annulé. En outre, le fait que le juge administratif ne soit pas lié par l'appréciation de la légalité du règlement de police opérée par le tribunal répressif se justifie pleinement par l'idée selon laquelle le premier constitue le "juge naturel" de la légalité des actes administratifs⁹²¹, le second n'intervenant qu'accidentellement, en cette matière, parce qu'il importe qu'il se prononce le plus rapidement possible⁹²². Cette idée explique que le juge administratif dispose d'une compétence de principe en la matière⁹²³, et qu'il doit toujours avoir le dernier mot lorsqu'il estime devoir faire disparaître un acte administratif de l'ordonnement juridique.

⁹¹⁷ C. Cass., Soc., 1/07/1964, Etablissements Felbacq ; Dalloz 1964, p.578 ; *La semaine juridique* 1965, n°14240, 1^{ère} espèce, note P. de Font-Réaulx ; *Droit social*, 1965, p.52, note J. Savatier : "attendu que l'employeur n'avait commis aucune faute en rompant le contrat de travail avec l'autorisation de l'inspecteur du travail ; que l'annulation de l'autorisation n'incombait pas à l'employeur qui ne pouvait être tenu d'en réparer les conséquences ; que le contrat, qui avait pris fin, restait rompu dans les rapports des parties entre elles".

Voir également 13/10/1971 (2 arrêts) ; *La semaine juridique* 1972.II. n°17087, note H. Groutel.

Ce raisonnement cédait toutefois lorsqu'il apparaissait que l'annulation était la conséquence d'une manœuvre du chef d'entreprise ayant permis d'obtenir l'autorisation initiale (C. Cass. Soc., 20/11/1974, *Jurisp. sociale*, n°346, p.19).

⁹¹⁸ C. Cass. Crim., 4/10/1973, Amaury, *Bull. crim.*, n°346.

⁹¹⁹ 18/01/1980, S.A. Pampre d'Or ; *Dalloz* 1980, p.386, note A. Jeammaud et J. Pelissier ; *Droit social* 1980, p.330, 1^{ère} espèce, note J. Savatier ; *La semaine juridique* 1980, n°19397, conclusions M. Robin, note J.-C. Javillier.

⁹²⁰ *Op. cit.*, p.85.

⁹²¹ Développant cette théorie, lire en particulier P. Weil, *op. cit.* p.82 ; Cf. également *infra*, Partie II.

⁹²² Sur ce point, voir notamment note Liet-Veaux sous T.C., 2/07/1962, Préfet de la Loire-Atlantique, *La Revue administrative* 1962, p.389.

⁹²³ Ce point de vue doctrinal a d'ailleurs été partiellement repris par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considère comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République la compétence "en dernier ressort" de la juridiction administrative pour prononcer l'annulation d'une décision administrative. Cf. décision du 23/01/1987, Conseil de la concurrence, précitée.

- affirmation du principe en matière répressive

Le principe en a d'ailleurs été depuis longtemps affirmé par l'instance suprême de l'ordre judiciaire : l'arrêt *Darsy*, rendu par la chambre criminelle le 25 mars 1882⁹²⁴ et constamment confirmé depuis lors⁹²⁵ décide en effet que les particuliers poursuivis pour contravention à un règlement postérieurement annulé ou déclaré nul par le Conseil d'État doivent bénéficier d'une décision de relaxe ; et s'ils ont déjà été condamnés, ils pourront obtenir cassation du jugement comme manquant de base légale. L'annulation prononcée par le juge administratif s'apparente ici à l'intervention d'une nouvelle loi qui supprime la peine attachée à un délit : "de même que les infractions à la loi abrogée cessent immédiatement d'être punissables, de même aucune peine ne peut être prononcée ou maintenue en vertu d'un acte administratif annulé"⁹²⁶. La situation se rapproche de celle qui naît de l'annulation d'un acte réglementaire qui définissait un régime procédural, ou d'un acte individuel qui intéressait la composition des juridictions : celle-ci impose également en effet la réformation des jugements rendus sur la base de ces textes avant que le juge administratif n'ait censuré ces derniers⁹²⁷.

- confirmation du principe en matière non répressive

Si l'influence de l'annulation a été admise pour justifier l'infirmité d'un jugement répressif, on comprend aisément qu'elle possède également cette portée dans des domaines où le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité des actes qui lui sont soumis. Il en va notamment ainsi en matière d'expropriation⁹²⁸, où la Cour de cassation annule depuis longtemps⁹²⁹ l'ordonnance permettant le transfert de propriété si, entre-temps, la D.U.P.⁹³⁰ ou l'arrêté de cessibilité⁹³¹ ont été annulés par le juge administratif⁹³²; la même solution est adoptée dans de très nombreux domaines⁹³³.

⁹²⁴ *Dalloz*, 1882, I, p. 486 ; *Sirey* 1884, I, p.248.

⁹²⁵ Voir par exemple C. Cass., Crim., 24/07/1958, Tilquin, *La semaine juridique* 1958, II, n°10840 ; 29/12/1971, Poussier, *Bull. crim.*, n°370 ; et 5/07/1976, Marani-Armand, *Dalloz* 1976, I.R., p.260.

⁹²⁶ P. Weil, *op. cit.* p.85, reprenant l'argumentation de Lacoste, *De la chose jugée*, 3^{ème} édition, 1914, n° 1.402.

⁹²⁷ Sur le premier cas de figure, Cf. C. Cass. Civ (1^{ère}), 23/10/1962, *Dalloz* 1963, somm. com. p.1 ; *Gazette du Palais* 1963,1, p.119 ; et Civ. (3^{ème}), 10/07/1969, *Bull. civ.* III, n°566 ; et sur le second, Cf. C. Cass Crim., 4/06/1981, *Bull. crim.* n°191.

⁹²⁸ Selon une jurisprudence constante en effet, reprise par les textes, le juge foncier ne saurait apprécier la régularité des actes de la phase administrative dont il se borne à constater l'existence. Cf. C. Cass. Civ., 18/10/1937, *Dalloz hebdomadaire* 1938, p.21 ; et Code de l'expropriation, articles L. 12-1 et R. 12-1.

⁹²⁹ A noter qu'initialement, la Cour de Cassation n'admettait pas que le propriétaire pût, en se prévalant d'une annulation, remettre en cause un jugement d'expropriation même non définitif : Cf. notamment C. Cass., 17/07/1901 ; *Sirey* 1901, 1, p.528.

⁹³⁰ C. Cass., Civ., 6/07/1938, Consorts Soubirou-Pouey c/ Ville de Dax, *Dalloz* 1939.I, p.18, note M. Waline ; 4/04/1987, Somekh c/ Commune d'Allauch, *Bull.civ.* III, n°18, p.12.

Cette cassation entraînera automatiquement celle de la décision fixant le montant des indemnités allouées (C. Cass, civ (3^{ème}), 3/11/1977, Commune de Fontenay-le-Fleury c/ S.C.I. Résidence de la Lucasserie, *Bull.civ.* III, n°364, p.278) et rendra irrégulière la prise de possession éventuelle de l'immeuble exproprié (C. Cass. Civ. (3^{ème}), 19/10/1977, Commune de Garges-lès-Gonesse c/ Dame Daviaud et autre, *Bull. civ.* III, n°349, p.263).

⁹³¹ C. Cass. civ (3^{ème}), 12/12/1972, Mammi c/ Commune de Carpentras, *Bull.civ.* III, n°675, p.499.

⁹³² Il s'agit d'une réelle annulation par voie de conséquence et, partant, les principes qui régissent cette théorie ont tout lieu de s'appliquer : ainsi, il n'est évidemment pas nécessaire que l'ordonnance d'expropriation soit entachée d'un vice propre pour encourir la censure (C. Cass. com., 29/05/1958, *Bull.* III, p.116) ; en outre, même si l'exproprié s'est désisté de sa demande à l'encontre de l'ordonnance d'expropriation, l'annulation de la D.U.P. par le juge administratif entraînera malgré tout la chute de ladite ordonnance (C. Cass. Civ. (3^{ème}), 4/02/1987, *Bull. civ.* III, n°18).

b) L'harmonisation des solutions jurisprudentielles

Devant une si totale affirmation de la suprématie de l'annulation sur les décisions non définitives rendues par les tribunaux de l'ordre judiciaire, on aurait difficilement admis que perdurent certaines solutions rebelles, au demeurant peu justifiées. Aussi, la solution sus-évoquée de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 mai 1953 est-elle demeurée "tout à fait isolée"⁹³⁴, et peut s'expliquer par une méprise de cette Haute juridiction due à la complexité de la situation qui se présentait à elle⁹³⁵. Parallèlement, la position médiane qu'avait adoptée la Chambre mixte à propos de l'annulation de l'autorisation de licenciement des salariés protégés a été effacée par la loi du 28 octobre 1982 qui a établi en pareil cas un droit à réintégration, si une demande en ce sens est formulée par l'intéressé dans un délai de deux mois⁹³⁶, et ce même si l'annulation prononcée par le tribunal administratif n'a pas acquis un caractère définitif⁹³⁷. Plus rien ne fait donc, ici non plus, obstacle à ce que l'annulation produise son plein effet.

Que ce soit avant toute instance ou avant que celle-ci soit définitivement close, l'annulation s'impose totalement au juge judiciaire ; mais les choses apparaissent beaucoup plus problématiques dès lors que la chose jugée par ce dernier a acquis un caractère définitif.

II - Une suprématie contrariée en cas de conflit de choses jugées

A. La teneur du problème

Il arrive parfois qu'une annulation soit prononcée par le juge administratif alors que l'acte qu'elle frappe a déjà été appliqué par le juge judiciaire, et que la décision de ce dernier soit devenue a priori incontestable du fait de l'expiration des voies de recours ouvertes à son encontre, ou bien parce que les contestations qu'elle a engendrées n'ont pas abouti. Cette situation résulte du jeu combiné du principe d'absence d'effet suspensif des voies de recours administratives et de la lenteur du juge chargé d'appliquer le droit public. Les deux matières qui nous servent à titre principal d'exemples peuvent une fois de plus être mises à contribution à cet effet :

- L'annulation d'un règlement de police peut tout d'abord n'intervenir qu'après que le juge répressif a prononcé, en vertu de celui-ci, des condamnations définitives. Dans cette hypothèse,

Ces règles s'appliquent donc indifféremment devant le juge judiciaire et le juge administratif : ce dernier, en vertu de l'annulation de la D.U.P., se doit en effet de considérer illégaux tous les actes administratifs accomplis postérieurement (C.E., 4/02/1957, Société des mines de Carmaux, p.69).

⁹³³ Voir par exemple :

- en matière de baux d'habitation C. Cass., Soc., 7/02/1963, *Bull. civ.* IV, n°140 : l'annulation d'un permis de construire entraîne la cassation de l'arrêt faisant droit à une action en reprise pour construire.

- en matière de baux ruraux : C. Cass., civ, 31/03/1978, *Bull.civ.* III, n°139 : l'annulation d'une autorisation de cumul prive de base légale l'arrêt validant le congé à fin de reprise.

⁹³⁴ G. Delvolvé, "Chose jugée", *art. cit.*, n°225.

⁹³⁵ En ce sens, note R. Drago précitée.

⁹³⁶ Code du travail, articles L.412-19, L.452-3 et L.436-3.

Pour un commentaire de cette loi, voir H. Sinay, *Droit social* 1983, p.413.

⁹³⁷ C. Cass. Soc., 14/01/1988, *Bull.* n°1, p.1

la Cour de cassation considère depuis toujours que la décision du juge administratif ne constitue pas un fait nouveau ouvrant droit à la révision⁹³⁸.

- De la même façon, en matière d'expropriation, une jurisprudence constante de la Cour de cassation a longtemps prohibé toute remise en cause, pour annulation de la D.U.P. ou de l'arrêté de cessibilité, d'une ordonnance d'expropriation devenue définitive. Elle considérait en effet que cette dernière, du fait du non exercice ou de l'épuisement des voies de recours ménagées contre elle, constituait un titre de propriété parfaitement valable⁹³⁹ qui ne pouvait être affecté par l'annulation postérieure d'un des actes de la phase administrative⁹⁴⁰. La propriété du bien se trouvait en conséquence définitivement transférée⁹⁴¹ et rien ne s'opposait à ce que la procédure de fixation des indemnités allât jusqu'à son terme⁹⁴², en dépit des initiatives prises par certaines juridictions⁹⁴³ pour atténuer le "scandale"⁹⁴⁴ constitué par une pareille situation. La doctrine était alors obligée de considérer les annulations de D.U.P. et d'arrêtés de cessibilité dépourvues de toute efficacité lorsqu'elles intervenaient alors que l'ordonnance d'expropriation était définitive⁹⁴⁵.

B. La naissance du problème : l'inversion chronologique des choses jugées

1 - La logique juridique semble imposer l'épuisement du contentieux administratif avant l'engagement de la phase judiciaire

Lorsque une annulation est prononcée par le juge administratif alors que l'acte qu'elle frappe a déjà donné lieu à une application irréversible par le juge judiciaire, il y a manifestement rupture de l'enchaînement chronologique qui devrait, par hypothèse, présider à

⁹³⁸ C. Cass. Crim, 5/08/1915 précité ; 6/08/1916, *Bull. crim.*, n°168.

G. Delvolvé (*Revue française de droit administratif* 1990, art. cit. p.796) précise à ce propos que l'annulation "n'entre pas dans les prévisions limitatives de l'article 595 du nouveau code de procédure civile" énumérant les cas de révision.

⁹³⁹ C. Cass. civ. (3^{ème}), 23/03/1983, *Legendre c/ EPAVNE*, cité par P. Carrias, note sous Civ. (3^{ème}), 18/05/1989, *Epoux Attenville c/ État français*, *Dalloz* 1990 p.41.

⁹⁴⁰ C. Cass. Civ (3^{ème}), 3/07/1969, *Veuve Ledru c/ Commune de Genevilliers*, *Bull. civ. III*, n°546, p.409 ; et plus récemment, C. Cass., 3^{ème} civ., 16/12/1992, *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1992, p.785.

⁹⁴¹ A l'origine la Cour de cassation employait à cet égard une expression très parlante, puisqu'elle estimait alors l'expropriation "consommée" (Cf. Civ., 17/12/1877, *Dalloz périodique* 1878.1., p.52) ; pour un exemple plus récent de transfert de propriété estimé définitif en dépit de l'annulation ultérieure de la phase administrative de la procédure, voir C. Cass. Civ (3^{ème}), 14/12/1982, *Mme Travers c/ Ville de Laval*, *ibid*, n°250, p.187.

⁹⁴² C. Cass. Civ. (3^{ème}), 18/05/1989, *Epoux Attenville c/ État français*, précité.

⁹⁴³ - Certaines Cours d'appel avaient tenté, en cas d'annulation de D.U.P., de faire jouer le droit de rétrocession prévu par l'article L.12-6 du Code de l'expropriation, mais ce raisonnement se heurtait à des difficultés tant théoriques que pratiques (Cf. sur ce point, J. Lemasurier, "La sanction des expropriations illégales", *Revue du droit public* 1971, p.793 ; et D. Maillot : "Sur un imbroglio juridique", *Dalloz* 1971, chr., p.103).

- Le Conseil d'État (et certaines Cours d'appel) avait admis, contrairement à la Cour de cassation, que l'annulation de la D.U.P. constituait une emprise irrégulière dont les conséquences dommageables devaient être réparées par le juge judiciaire. (Cf. C.E., 26/07/1985, *Mme Jobert*, *Revue du droit public* 1986, p.1489 ; et C.A. Orléans, 15/06/1966, *Merlin c/ ville d'Orléans*, *Gazette du Palais* 1966.2.206, note C. Blaevoet).

- Le Tribunal des Conflits avait enfin récemment consacré la possibilité d'intenter une action en réparation non devant le juge judiciaire de droit commun, mais devant le juge de l'expropriation (T.C. 26/06/1989, *Mme Plouin* et autres, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1990, p.213, note C. Lavialle ; *Le Quotidien juridique*, 2 août 1990, p.4, note M.-C. Rouault ; *Dalloz* 1991, p.57, note P. Carrias). L'efficacité de cette voie de droit semblait cependant contrariée par le fait que ce dernier se refuse à réparer les préjudices moraux, qui constituent le plus souvent du dommage à réparer dans cette hypothèse.

⁹⁴⁴ Selon l'expression de J. Lemasurier, *art. cit.*.

⁹⁴⁵ Voir en particulier J.-M. Auby et P. Bon, *op. cit.* p.371.

la combinaison des deux contentieux : du moment que la légalité de l'acte administratif conditionne la validité de toute procédure ultérieure, il semblerait a priori normal d'attendre que le juge de cette légalité se soit prononcé, ou du moins que l'acte en question ne soit plus susceptible de remise en cause contentieuse, avant qu'une quelconque phase judiciaire puisse être lancée. Puisqu'il est inévitable, dans la mesure où deux juges différents doivent intervenir, qu'il y ait une succession de choses jugées, la logique juridique paraît imposer que celle qui résulte de la position du juge naturel de la légalité administrative, parce qu'elle détermine quel est le droit objectif⁹⁴⁶, précède celle qui doit s'attacher aux décisions judiciaires qui lui sont subordonnées. Ainsi, en matière d'expropriation, c'est seulement quand les actes de la phase administrative ont acquis un caractère incontestable que devrait commencer le processus de transfert effectif de propriété ; de la même manière, un règlement de police ne devrait pouvoir produire d'effet si sa légalité n'est pas définitivement assise.

2 - L'illogisme imposé par la lenteur de la juridiction administrative

Tout le problème se situe en fait dans la lenteur qui caractérise la justice administrative⁹⁴⁷. Le fait que deux juges soient amenés à se prononcer dans un même domaine n'a en effet en soi rien de terriblement gênant, dans la mesure où il existe des procédés -surseoir à statuer ; conférer aux recours un caractère suspensif, etc.⁹⁴⁸ - qui permettent de remédier au problème que nous étudions. Les difficultés naissent du fait que le temps nécessaire à l'épuisement du contentieux administratif ne permet pas, pour des raisons pratiques évidentes, l'emploi de ces remèdes : peut-on concevoir en effet de retarder la réalisation d'une opération d'utilité publique de plusieurs années, ou de ne pouvoir réprimer des atteintes imminentes à l'ordre public, parce que le juge administratif ne peut immédiatement se pencher sur la légalité du texte qui les détermine ? La réponse à cette interrogation est évidemment négative, et la pratique le montre bien qui, par principe, prive les recours contre les décisions administratives de tout effet suspensif. La conscience de cette impossibilité a, en outre, conduit les textes ou la jurisprudence à élaborer un certain nombre de règles destinées à obvier à cette lenteur : ainsi a-t-on reconnu au juge répressif le pouvoir de se prononcer lui-même sur la légalité des règlements qu'il est amené à appliquer⁹⁴⁹ ; ainsi encore le juge judiciaire a-t-il écarté le principe d'un sursis à statuer (du moins d'un sursis obligatoire) bien que l'acte administratif sur la base duquel il doit se prononcer soit contesté devant le juge administratif, et ce non seulement en matière d'expropriation⁹⁵⁰ ou en matière pénale⁹⁵¹, mais également dans de nombreux autres domaines⁹⁵². En ce qui concerne l'expropriation, il faut relever que cette solution découle

⁹⁴⁶ Voir sur ce point Duguít, *op.cit.*, t. II, p.519 : "si l'on prétendait que les décisions objectives d'un ordre de juridiction ne s'imposent pas aux juridictions d'un autre ordre, on créerait une sorte de scission dans l'ordonnement juridique de la société, ce qui est inadmissible".

⁹⁴⁷ Pour plus de précisions sur ce point, voir *infra*, Chapitre suivant.

⁹⁴⁸ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

⁹⁴⁹ Cf. jurisprudence *Avranches et Desmarests* et article 111-5 du nouveau Code pénal précités.

⁹⁵⁰ Voir par exemple, en matière d'expropriation : C. Cass. com., 29/12/1958, *Bull. civ.* III, n°459 ; et 3/05/1960, *Brasserie Lorraine c/ Préfet de la Moselle*, *ibid.* n°145.

⁹⁵¹ C. Cass. crim. 6/03/1875, *Bull. crim.*, n°85 ; et 7/05/1951, Gerval, *Dalloz* 1951, p.413, note A.L.P. ; *Sirey* 1952.I. p. 133, note Legal : "la circonstance que ce règlement et ces mesures faisaient l'objet d'un recours pendant devant le Conseil d'État ne dispensait pas la Cour d'appel d'en apprécier la légalité et de dire, par suite, si la contravention à ces dispositions devait être sanctionnée".

⁹⁵² Voir par exemple :

- en matière d'occupation sans titre du domaine public : C. Cass. Civ., 26/05/1965, *Bull. civ.* I, n°345.
- en matière d'élections professionnelles : C. Cass. Soc., 2/05/1974, *Bull. civ.* V, n°263.
- en matière de sécurité sociale : C. Cass. civ., 12/07/1961, *Bull. civ.* II, n° 563.

A noter cependant que la règle avait subi une entorse en matière parafiscale (Cf. C. Cass. com., 13/03/1951, *Droit social*, 1951, p.586), mais celle-ci ne fut que temporaire (Cf. note R. Drago, *Sirey* 1954, précitée).

naturellement des textes qui imposent un très bref délai⁹⁵³ à l'autorité judiciaire, à compter de la production du dossier, pour décider du transfert de propriété des immeubles : en pratique, l'ordonnance intervient donc le plus souvent avant l'annulation de la phase administrative⁹⁵⁴. Ce sont donc des impératifs de rapidité qui vont faire que s'affrontent deux choses jugées, alors qu'une meilleure coordination de celles-ci dans le temps pourrait gommer tout risque de contradiction.

C. Le nœud du problème : la force incontestable de la chose définitivement jugée

L'autorité de chose jugée, dont l'essence a déjà été étudiée⁹⁵⁵, constitue naturellement l'un des fondements de l'organisation de notre société : le juge, se présentant comme un "pilier de l'ordre social et (un) agent essentiel de la paix civile, il importe au plus haut point que sa décision ne puisse être remise en cause, d'où la présomption irréfragable de vérité qui s'attache à son œuvre"⁹⁵⁶. C'est pourquoi, selon la maxime traditionnelle "voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements" reprise dans l'article 460 du Nouveau Code de Procédure Civile, il est impossible de remettre en cause ce qui a été jugé autrement que par les voies de recours prévues par la loi. La conscience de cette force de vérité légale est telle qu'initialement, dans le domaine de l'expropriation, une ancienne jurisprudence interdisait au Conseil d'État de statuer sur un recours pour excès de pouvoir lorsque le jugement d'expropriation avait acquis l'autorité de la chose jugée, afin de ne pas porter une atteinte morale à celle-ci⁹⁵⁷. Si cette solution a été abandonnée depuis 1909⁹⁵⁸, elle n'en reste pas moins symptomatique de la déférence des juridictions à l'égard de la chose jugée, qui se retrouve aujourd'hui encore dans l'hypothèse que nous étudions. La seule force de chose jugée, mise en avant par la Cour de cassation, justifie l'anesthésie des effets de l'annulation, sauf volonté contraire clairement exprimée par le législateur.

III - La nécessité d'une intervention législative pour résoudre le conflit de choses jugées

L'impossibilité de remettre en cause la chose jugée par le juge judiciaire a soulevé des problèmes juridiques si aigus qu'il s'avérait impératif de les dénouer efficacement. L'intervention du législateur est apparue à cet égard nécessaire en matière d'expropriation pour mettre fin à une situation depuis longtemps dénoncée, mais jamais réellement solutionnée par la pratique juridictionnelle. En revanche, un conflit de choses jugées demeure toujours possible à la suite de l'annulation d'un règlement de police, car aucune mesure décisive n'a été ici enregistrée.

A. La solution envisagée en matière d'expropriation par la loi du 2 février 1995

L'article 4 de la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement⁹⁵⁹ semble mettre un terme à une situation qui demeurerait intolérable, bien qu'extrêmement rare du fait des parades fournies par la pratique.

⁹⁵³ A savoir 8 jours.

⁹⁵⁴ Voir sur ce point J. Lemasurier, *art. cit.*, pp. 797/798.

⁹⁵⁵ Cf. *supra*, Titre I, Sous-titre I.

⁹⁵⁶ G. Delvolvé, "Chose jugée", *art. cit.*, n°4.

⁹⁵⁷ C.E., 25/07/1902, Testu, p.579.

⁹⁵⁸ C.E., 12/11/1909, Sieur Descieux, p.868, conclusions Tessier.

⁹⁵⁹ J.O., 3 février 1995, p.1840 ; *Dalloz* 1995, p.124 ; *La semaine juridique* 1995, n°67289.

1 - La satisfaction d'un besoin impérieux

a) La jurisprudence classique mettait à mal des principes essentiels

Plusieurs principes, pourtant très protégés à première vue, se trouvaient menacés dans l'hypothèse d'un conflit de choses jugées en matière d'expropriation :

- le premier principe bafoué était celui de protection de la propriété privée organisée par les articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁹⁶⁰, selon lequel nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique, et dont le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle⁹⁶¹ : en effet, du moment que la D.U.P. a été annulée par le juge administratif, le transfert de propriété opéré doit être considéré comme dépourvu du caractère d'utilité publique exigée par le texte suprême. On mesure la gravité de la situation pour le particulier qui se trouvait dépossédé par un acte de l'autorité judiciaire devenu inattaquable, alors que cet acte reposait sur une initiative publique que plus rien ne justifiait.

- la solution classique entraînait également une rupture du principe d'égalité entre les plaideurs, et donc d'égalité devant la justice, qui possède lui aussi valeur constitutionnelle⁹⁶². En effet, les administrés expropriés sur la base d'un acte ultérieurement annulé par le juge administratif, bien qu'étant tous *a priori* placés dans une même situation, pouvaient soit rentrer dans leurs droits, soit en être irrémédiablement privés, selon que l'ordonnance d'expropriation était déjà ou n'était pas encore définitive. L'annulation ne bénéficiait donc pas de manière égale aux justiciables contre lesquels le jugement d'expropriation n'avait pas acquis l'autorité de la chose jugée⁹⁶³ et à ceux pour qui cette dernière condition n'était pas remplie. Cette situation s'avérait intolérable au regard du précepte qui veut que, malgré la dualité de juridiction, il n'y ait en France qu'une seule justice⁹⁶⁴.

- La méconnaissance des principes essentiels énumérés ci-dessus a depuis toujours suscité de vives réactions en doctrine, qui dénonçait "ce qui n'est pas peut-être juridiquement un déni de justice, mais y équivaut en fait"⁹⁶⁵. Ce malaise légitimement éprouvé provenait également du fait que le phénomène de cristallisation qui profite aux administrés lorsqu'il s'agit de droits acquis jouait ici en leur défaveur : l'intangibilité de l'acte juridictionnel passé en force de chose

Commentant l'article 4, voir P. Carrias, "La fin d'un "déni de justice" (le second alinéa, ajouté à l'article L.12-5 du code de l'expropriation)", *Dalloz* 1995, chron., p.217 ; et C. Morel, "Une brèche dans la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif", *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1995, p.299.

⁹⁶⁰ Reproduit notamment à l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

⁹⁶¹ C.C., 16/01/1982, Nationalisations, n° 82-132 D.C., p.18.

A ce propos, voir notamment L. Favoreu, "Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations", *Revue du droit public* 1982, p.377.

⁹⁶² Le Conseil constitutionnel le déduit de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : Cf. 23/07/1975, Juge unique, n° 75-56 D.C.

⁹⁶³ Pour paraphraser les conclusions Tessier sur C.E., 24/07/1908, Guyot, *Sirey* 1910.3, p.158.

⁹⁶⁴ Voir notamment, exposant cette idée, conclusions J. Théry sur l'arrêt *Ministre de l'intérieur c/ Desamis*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.297.

⁹⁶⁵ M. Waline, *Dalloz* 1939, note précitée, p.19 ; voir dans le même sens L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public*, L.G.D.J. 1964, pp. 353-354. Cf. également Maurice Tourdias, "L'efficacité du recours pour excès de pouvoir en matière d'expropriation", *La semaine juridique* 1961, n°1634 : "on aboutit à une justice absurde, irrationnelle, ce qui est le synonyme d'absence de justice".

jugée permettait de priver de ses effets l'annulation qui aurait normalement dû leur bénéficier ; elle paraissait en conséquence protéger des droits qui se seraient constitués à leur encontre. Et, de fait, c'est bien ce qui se passait : si l'ordonnance d'expropriation définitive n'était pas remise en cause, c'était parce que le juge considérait qu'elle constituait un titre légal de propriété pour l'expropriant⁹⁶⁶. Pour cette raison d'ailleurs était écartée, dans cette hypothèse, l'application de la théorie de l'emprise irrégulière⁹⁶⁷. Voilà donc ce qui gênait le plus dans cette construction : l'intangibilité de la chose jugée, l'intervention du juge judiciaire, autant de "principes séculaires, destinés à protéger l'individu, qui se -retournaient- contre lui"⁹⁶⁸ : on peut raisonnablement penser en effet, à la lumière de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dont la philosophie imprègne encore aujourd'hui notre Constitution, que les droits à protéger en priorité sont plus ceux de l'exproprié que ceux de l'expropriant.

b) L'insuffisance des remèdes initialement imaginés

* Les difficultés du remède juridique

Nous avons déjà noté que la préoccupation d'une justice rapide l'avait emporté sur l'idée que le juge judiciaire aurait pu détenir l'obligation de surseoir à statuer dès que le juge administratif était saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte qui conditionnait le jugement à rendre. La seule solution qui se proposait en conséquence au requérant consistait à solliciter un sursis à exécution de la décision administrative auprès du juge de la légalité. Cependant, les restrictions posées à l'emploi de ce procédé sont notoires⁹⁶⁹. Il nous faut au surplus signaler qu'un obstacle supplémentaire se dresse sur sa route en matière d'expropriation, puisque, outre les deux conditions classiques d'octroi - moyen sérieux et préjudice difficilement réparable -, il importe que l'acte administratif qui fait l'objet de la demande n'ait pas reçu toute son exécution, ce qui est très souvent le cas quand l'ordonnance a été prononcée et n'a pas été attaquée⁹⁷⁰. De plus, la condition de préjudice y est appréciée très sévèrement "car l'intérêt du propriétaire privé est de peu de poids devant l'utilité publique. Dans la pratique, le plaideur n'obtient le sursis que si son intérêt particulier coïncide avec comme un autre intérêt public considéré comme supérieur à celui de l'expropriation"⁹⁷¹. Ce remède juridique s'avérant particulièrement insuffisant, il avait fallu aller chercher ailleurs de quoi pallier, dans la mesure du possible, les dysfonctionnements causés par la chose définitivement jugée. Mais les solutions trouvées, si elles fonctionnaient de manière assez satisfaisante, n'en demeuraient pas moins particulièrement précaires.

* La précarité des solutions "amicales"

- La première des solutions "amicales", au vrai sens du terme, consistait pour l'administration, au cas où un recours pour excès de pouvoir était intenté par un propriétaire, à rechercher un accord avec celui-ci avant que le juge administratif ne se soit prononcé, ce qui entraînait, en cas

⁹⁶⁶ De cette transmutation de l'acte illégal en acte irrévocable, M. Waline a tiré la conclusion qu'un jugement pouvait à lui seul créer une norme : Cf. "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", in *Mélanges Scelle*, t. II, pp. 614/615.

⁹⁶⁷ Cf. C. Cass. civ. (3^{ème}), 2/03/1988, Ville de Saint-Denis c/ Consorts Plouin et autres, *Dalloz* 1989, somm. com. p.102, obs. P. Carrias.

⁹⁶⁸ J. Lemasurier, *art. cit.*, p.793.

⁹⁶⁹ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

⁹⁷⁰ C.E., 6/07/1966, Garand et Société Régimes et traitements médicaux, p.448 ; 22/10/1986, Consorts Klein, req. n°75593.

⁹⁷¹ J. Lemasurier, *art. cit.*, p. 809/810 ; pour étayer ses dires, l'auteur cite la jurisprudence C.E., 27/03/1963, *Ministre de la Construction c/ Morel (Actualité juridique, Droit administratif 1963, II, p.497, conclusions Henry)*.

de succès des négociations, un désistement du requérant⁹⁷². Cette pratique ne résolvait cependant rien sur le plan des principes ; de plus, rien ne garantissait l'aboutissement de la conciliation, et dans ce cas le problème restait entier.

- La seconde solution "amiable" résultait de l'attitude du juge de l'expropriation : en effet, si surseoir à statuer ne constituait pas pour lui, nous l'avons dit, une obligation, la Cour de cassation en admettait cependant la possibilité⁹⁷³ en vertu de son souci constant de "bonne administration de la justice"⁹⁷⁴ ; et, pour éviter le plus possible les conflits de choses jugées, elle agissait systématiquement ainsi lorsqu'elle était informée qu'un recours pour excès de pouvoir contre un acte de la phase administrative avait été intenté, attendant pour se prononcer que la juridiction administrative eût définitivement statué sur le sort dudit acte⁹⁷⁵. L'efficacité de cette politique jurisprudentielle avait été saluée par la doctrine⁹⁷⁶. Elle méritait cependant quelques critiques, et tout d'abord celle de l'incohérence : en vertu de celle-ci en effet, il arrivait à la Cour de cassation de temporiser de la sorte plusieurs années dans l'attente de l'arrêt du juge administratif⁹⁷⁷. Dans ce cas, on pouvait se demander pourquoi n'avoir pas posé le principe de l'obligation de surseoir à statuer, puisqu'on retombait dans le principal inconvénient qu'on avait voulu éviter en l'écartant, à savoir les retards contentieux. Ensuite, il convient de ne pas perdre de vue qu'il ne s'agissait là que d'une "tolérance para légale"⁹⁷⁸ de la Cour de cassation, et partant totalement soumise à la bienveillance de cette dernière, sans que rien ne garantisse au requérant qu'elle lui sera toujours appliquée. Enfin, et surtout, elle supposait un plaideur particulièrement bien informé de la procédure à suivre, et qui pensait notamment à attaquer l'ordonnance d'expropriation - ce qui ne allait pas tellement de soi⁹⁷⁹ -, et à signaler à la Cour de cassation que la légalité de la phase administrative était contestée devant l'autre ordre de juridiction⁹⁸⁰.

Même si les juges s'efforçaient de la sorte "d'éviter que l'application sans nuance d'une théorie aboutisse à créer une situation de fait préjudiciable aux plaideurs"⁹⁸¹, la précarité des solutions proposées a conduit le législateur à intervenir, en vue de remédier efficacement aux conflits de choses jugées en matière d'expropriation.

⁹⁷² Cf. C.A. Paris, 2/03/1953, Dalloz 1953, p.204.

⁹⁷³ Ce n'a pas été toujours le cas : Cf. C.Cass. civ. 14/07/1857, *Dalloz périodique* 1857, 1, p.292.

⁹⁷⁴ Cf. par exemple C. Cass. Soc., 9/05/1978, *Bull. civ. V*, n°335 ; et en matière d'expropriation : Civ. (3^{ème}), 22/11/1983, *Chalon c/ Commune de Chatou*, *Bull. civ. III*, n°233 ; *Dalloz* 1984, I.R., p.200.

⁹⁷⁵ Ce qui pouvait s'analyser à l'origine comme une "chance exceptionnelle" (M. Waline, note précitée p. 19) avait donc perdu ce caractère aléatoire.

⁹⁷⁶ Voir par exemple P.L. Josse, *Traité sur les Travaux publics et l'expropriation*, Sirey 1958, p.281, qui en tirait la conclusion que "le risque de déni de justice n'est pratiquement plus à craindre".

⁹⁷⁷ Cf. C. Cass. civ. (3^{ème}), 21/05/1980, Grandbois de Villeneuve, cité au *Jurisclasseur Dalloz, Droit administratif*, "Expropriation pour cause d'utilité publique", fascicule n°400-2, n°334.

⁹⁷⁸ Selon l'expression de J. Lemasurier, *art. cit.*, p.794.

⁹⁷⁹ Voir notamment note N. Albala sous C.A. Paris, 4/11/1967, époux Ledru et Ventadoux, *La semaine juridique* 1969, n° 15848 : "l'exproprié attend souvent quelque temps avant de s'adresser à un conseil, parfois jusqu'à la veille de la descente sur les lieux du juge de l'expropriation saisi de la fixation des indemnités : lorsqu'il consultera, il est probable que le délai du pourvoi en cassation sera expiré, mais non celui du recours pour excès de pouvoir".

⁹⁸⁰ Les requérants qui remplissaient ces conditions étaient souvent ceux qui avait eux-mêmes formé les recours devant la juridiction administrative. Cf. L. Cobert, "La Cour de cassation et l'expropriation, *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1992, p.438). *Art. cit.*, p.106.

Dalloz 1939, note précitée.

⁹⁸¹ P. Carrias, note sous T.C. 26/06/1989 précitée, p.59.

2 - Le choix opéré par le législateur

a) Exclusion des solutions préventives

"En réalité, le remède (...) n'est pas curatif mais préventif. Il n'y a de solution valable à ce problème qu'en le faisant disparaître" concluait M. Maillot en 1971⁹⁸², se plaçant ainsi dans la lignée de M. Waline⁹⁸³ et de nombreux autres auteurs. Le législateur de 1995 va apporter un net démenti à cette opinion, en refusant de consacrer les solutions -souvent prônées par la doctrine- qui auraient permis d'empêcher la constitution d'un conflit de choses jugées et de dénouer de la sorte l'"imbroglio" traditionnel. La suggestion la plus courante à cet égard encourageait la promulgation d'un texte obligeant la Cour de cassation à surseoir à statuer quand elle serait saisie d'un pourvoi contre une ordonnance d'expropriation alors qu'un acte de la phase administrative ferait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ou dès lors qu'un doute sérieux pèserait sur la légalité d'un de ceux-ci⁹⁸⁴. Il s'agissait là d'une "réforme minime" et qui ne soulevait aucune difficulté particulière⁹⁸⁵. Elle n'aurait cependant pas tout solutionné, notamment dans le cas où l'exproprié omettait d'attaquer ladite ordonnance. C'est pourquoi d'autres changements plus radicaux avaient été proposés, comme le fait de confier à l'autorité administrative le soin de procéder au transfert de propriété⁹⁸⁶, ou à l'autorité judiciaire la possibilité d'apprécier elle-même la légalité de la phase administrative⁹⁸⁷. Mais la première semblait incompatible tant avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui voit dans un principe fondamental reconnu par les lois de la République "l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière"⁹⁸⁸, qu'avec les impératifs de rapidité qui doivent gouverner la matière ; et la seconde ne résolvait rien, dans la mesure où elle ne faisait pas obstacle à d'éventuelles contrariétés de chose jugée, à l'instar de ce qui se passe dans le domaine des règlements de police. En définitive, la meilleure des solutions préventives aurait consisté à assouplir les conditions d'octroi de sursis à exécution des mesures administratives devant le juge compétent à leur égard⁹⁸⁹.

⁹⁸² *Art. cit.*, p.106.

⁹⁸³ *Daloz* 1939, note précitée.

⁹⁸⁴ On aurait pu à ce propos instaurer une liaison entre les juridictions administratives et judiciaires afin que la première informe la seconde sur les chances du recours (Cf. D. Musso, "Transfert de propriété et fixation de l'indemnité, *Les petites affiches* 20 juillet 1992, n°87, p.26).

⁹⁸⁵ Cf. J.-M. Auby et P. Bon, *op. cit.*, p.371..

⁹⁸⁶ Pour un bilan des avantages et des inconvénients d'une telle solution, Cf. J. Lemasurier, *art. cit.*, p. 811 s.

Dans une optique un peu différente, Cf. D. Maillot, *art. cit.*, p.106, qui envisage de confier au juge administratif le contentieux de la réparation.

⁹⁸⁷ Cf. pour une présentation critique de cette solution, M. Waline, *Daloz* 1939, note précitée.

⁹⁸⁸ C.C., 25/07/1989, Urbanisme et agglomérations nouvelles, p.53 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1990, p.1, note B. Genevois ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.1009, note P. Bon.

⁹⁸⁹ Sur ce problème, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I. A été également envisagée la possibilité de contraindre l'autorité administrative qui sollicite le transfert de propriété à attendre que le contentieux administratif soit éteint (par forclusion des délais ou décision définitive rejetant les demandes d'annulation) ; mais on doit estimer qu'un tel système, par les retards qu'il ne manquerait pas d'engendrer dans la réalisation des opérations projetées (compte tenu notamment des nombreux recours purement dilatoires qui peuvent être formés), ne s'avérerait guère viable. Sur ce problème, voir P. Carrias, commentaire précité, *Daloz* 1995, p.220.

b) Adoption d'une solution a posteriori

L'ajout d'un second alinéa à l'article L. 12-5 du code de l'expropriation par l'article 4 de la loi n°95-101 du 2 février 1995 est le fait d'un amendement parlementaire inspiré par le rapport de la Cour de cassation de 1991⁹⁹⁰. Son libellé prévoit qu'"en cas d'annulation par une décision définitive du juge administratif de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, tout exproprié peut faire constater par le juge de l'expropriation que l'ordonnance portant transfert de propriété est dépourvue de base légale". Trois points méritent notre attention :

* Cette solution trouve sa source première dans une proposition doctrinale antérieure qui estimait tout à fait possible une disqualification de la chose jugée par le juge de l'expropriation en la matière. Ne pouvait-on pas en effet considérer qu'une ordonnance définitive rendue sur la base d'une D.U.P. ultérieurement annulée se trouvait par là même privée de toute force de chose jugée ? C'était là, du moins, l'opinion de M. P. Carrias⁹⁹¹, qui établissait un parallèle avec ce qui se produit dans la phase judiciaire contentieuse, à propos de la décision de fixation des indemnités, lorsque l'ordonnance d'expropriation est cassée par la Cour suprême de l'ordre judiciaire : dans ce cas, alors même qu'il ne peut plus être annulé, l'arrêt fixant les indemnités ne peut pas acquérir l'autorité de chose jugée⁹⁹². Cette voie de résolution du problème paraissait d'autant plus exploitable que l'on peut légitimement se demander si, en présence d'une ordonnance d'expropriation, on a affaire à une "chose jugée" au vrai sens du terme. Mme Lemasurier en doutait, soulignant que "le rôle du juge foncier est plus administratif que juridictionnel puisqu'il doit se borner à constater l'exécution des formalités", et insistant sur l'absence tant de procès que de jugement⁹⁹³. On pouvait cependant douter que la Cour de cassation, forte d'une jurisprudence bien ancrée, adhêrât un jour, d'elle-même, à ce point de vue. C'est pourquoi elle sollicita l'intervention du législateur.

* Le rapport de 1991 offrait une alternative pour la réforme à opérer : soit priver automatiquement l'ordonnance d'expropriation de tout effet en cas d'annulation ultérieure de la D.U.P. ou de l'arrêté de cessibilité ; soit subordonner cette perte d'effectivité à une demande expresse des propriétaires intéressés⁹⁹⁴. C'est, on le sait, cette dernière voie qui a eu l'heur d'être privilégiée, la première étant sans doute apparue trop radicale car elle "aurait pu présenter l'inconvénient d'imposer à des propriétaires déjà indemnisés la remise en cause d'une situation sur laquelle ils n'auraient pas souhaité revenir"⁹⁹⁵. Même si quelques points demeurent encore relativement obscurs - en particulier le mode de saisine du juge de l'expropriation -, il faut donc considérer le problème de conflit de choses jugées résolu en matière d'expropriation et s'en féliciter, parce qu'il semble incohérent, dans une perspective logique d'articulation des contentieux, que celui qui détermine la légalité ne prime pas, en toute hypothèse, sur celui qui est amené à l'appliquer. La loi de 1995 met fin à la situation absurde qui contraignait le juge de l'expropriation à respecter ses jugements devenus définitifs, quand bien même il aurait souhaité suivre ce que décidait - sur le tard - son homologue administratif.

⁹⁹⁰ *La Documentation française*, 1992.

⁹⁹¹ *Daloz* 1991, note précitée, p.59.

⁹⁹² C. Cass., civ. (3^{ème}), 4/05/1973, *Bull. civ.* III, n°313; *Daloz* 1973, Som., p.125.

⁹⁹³ *Art. cit.*, p.808

⁹⁹⁴ Voir rapport précité, p.30 et 31.

⁹⁹⁵ P. Carrias, commentaire précité, *Daloz* 1995, p.218.

* Se pose toutefois en dernier lieu la question de savoir pourquoi le législateur a préféré la solution qui vient d'être exposée à la consécration d'une mesure destinée à prévenir un éventuel conflit de choses jugées. La réponse se devine aisément : on a pu noter le souci constant, en la matière, d'éviter que les retards de l'ordre juridictionnel administratif n'aboutissent à freiner l'action administrative. Les considérations d'utilité publique se révèlent ici largement prioritaires ; elles exigent une certaine rapidité d'exécution des opérations qui y obéissent, et consacrer une obligation de sursis à statuer dans l'attente de l'issue du contentieux de la D.U.P. ou de l'arrêté de cessibilité aurait rompu cette dynamique. Car, ne nous leurrions pas : du fait de la lenteur de dénouement des litiges affectant la phase administrative, dans bien des cas, la réalisation du projet pour lequel aura été engagée l'expropriation a bien des chances d'être largement entamée - si elle n'est pas terminée - où jour où statuera définitivement⁹⁹⁶ le juge administratif⁹⁹⁷. La constatation du défaut de base légale du transfert de propriété par le juge de l'expropriation ne se résoudra alors, le plus souvent, que par l'allocation d'indemnités pour compenser la dépossession illégale⁹⁹⁸. On le voit, au-delà des impératifs de rapidité d'exécution des projets se dessine ici la préoccupation d'assurer l'efficacité de l'action administrative, au détriment parfois de la protection d'intérêts individuels⁹⁹⁹.

B. Une solution qui reste à trouver en matière d'annulation d'un règlement de police

1 - Un besoin tout aussi impérieux qu'en matière d'expropriation

Les conflits de choses jugées éventuellement possibles lorsqu'est annulé un règlement qui a donné lieu à des condamnations pénales définitives, choquent autant de principes fondamentaux que ne le faisait la jurisprudence traditionnelle en matière d'expropriation :

a) Certains de ces principes étaient d'ailleurs également mis à mal par cette dernière. On veut parler en premier lieu du principe d'égalité des plaideurs, puisque, sur la base du même texte répressif annulé, deux particuliers pourront se voir l'un relaxé, l'autre condamné sans espoir de

⁹⁹⁶ Il convient d'insister un instant sur cette condition de "décision définitive du juge administratif" posée par la loi. Par cette précision, on peut se demander si le législateur n'a pas entendu mettre fin à un courant jurisprudentiel qui commençait à prendre forme, nourri par quelques décisions de Cours d'appel ayant suspendu en référé la prise de possession des biens expropriés ou le déroulement de travaux sur ceux-ci, au motif qu'une annulation avait été prononcée par le juge administratif, et alors même qu'un appel était pendant contre ce jugement (voir notamment Cour d'appel de Paris, 22/01/1993, Sté des brocanteurs du marché Jules-Vallès à Saint-Ouen ; *Revue de Droit immobilier* 1993, p.494, note C. M. ; *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1993, p.619, n°95, obs. A. Bernard ; *Dalloz* 1994, som. com., p.70, obs. P. Carrias ; et C.A. Versailles, 28/10/1993, Sté SEMAG c/ Libert, *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1994, p.367). A ce propos, l'interprétation de M. P. Carrias (commentaire précité, p.220), souhaitant que prospère cette ligne jurisprudentielle qui lui apparaît "en pleine harmonie avec le nouveau texte", peut sembler d'un optimisme excessif : le législateur a marqué clairement son désir de ne pas voir entraver la procédure d'expropriation tant que le contentieux administratif n'est pas dénoué une fois pour toutes ; si tel n'avait pas été son point de vue, il aurait sans doute opté pour une des solutions préventives que nous avons évoquées.

⁹⁹⁷ Sur ces problèmes inhérents à la lenteur de la juridiction administrative, voir *infra*, Chapitre suivant.

Et plus spécifiquement, pour ce qui est du contentieux qui nous intéresse ici, voir G. Durand, "Le contentieux de l'expropriation ou l'histoire d'un coma juridique" (*Actualité juridique, Propriété immobilière* 1995, p.302 ; et *Les petites affiches*, 26/05/1995, p.15) retraçant une affaire dans laquelle le Conseil d'État a annulé au bout de huit ans un arrêté de D.U.P. alors que la zone commerciale pour la construction de laquelle cet acte avait été pris était entièrement réalisée.

⁹⁹⁸ Voir en ce sens P. Carrias, commentaire précité, *Dalloz* 1995, p.219.

⁹⁹⁹ Pour plus d'explications sur ce point, voir *infra*, Partie II.

voir révisé le jugement qui l'a incriminé. De même, l'inversion des bénéficiaires du principe de sécurité juridique s'avère particulièrement net en la matière, dans la mesure où l'on a du mal à conceptualiser de prétendus droits que tiendrait la société du fait d'une condamnation définitive prononcée en vertu de faits qui sont censés n'avoir jamais été répréhensibles.

b) Mais il nous faut parallèlement évoquer le principe de la légalité des délits et des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, selon lequel, sans loi, il ne peut exister ni incrimination (*nullum crimen sine lege*), ni sanction (*nulla poena sine lege*)¹⁰⁰⁰. Même s'il a connu une certaine altération du fait de l'article 34 de la Constitution qui a limité la compétence jusqu'alors exclusive du législateur en la matière et reconnu implicitement au gouvernement le pouvoir de déterminer les contraventions assorties de peines d'amende¹⁰⁰¹, ce principe implique au minimum que nul ne peut être poursuivi si aucun texte ne qualifie d'infraction les faits qu'il a commis, ni exposé au regard desdits faits à une quelconque sanction¹⁰⁰². Or, c'est incontestablement ce qui se produit dans l'hypothèse étudiée : l'annulation du règlement de police revient à priver rétroactivement de toute base légale les condamnations prononcées sur son fondement ; celles-ci s'apparentent donc à une sanction décidée à l'encontre de faits qu'aucun texte ne réprime. Et l'édiction d'un nouveau règlement ne saurait pallier cette carence¹⁰⁰³ du fait du principe de non-rétroactivité qui s'attache aux décisions administratives¹⁰⁰⁴, et dont le respect doit être particulièrement strict en matière répressive puisque la loi elle-même y est également soumise¹⁰⁰⁵.

2 - L'insuffisance des "solutions" actuelles

Le seul remède pratique envisageable n'est pas ici du ressort du juge¹⁰⁰⁶ mais incombe bel et bien à l'administration. Comme le préconise en effet M. Waline¹⁰⁰⁷, cette dernière doit s'abstenir de poursuivre l'exécution de la condamnation passée en force de chose jugée lorsque

¹⁰⁰⁰ A noter que ce principe est imposé par le Conseil constitutionnel en matière non seulement pénale, mais plus largement répressive (c'est-à-dire également aux sanctions administratives) : Cf. décision n° 88-247 D.C. du 17/01/1989 relative au Conseil supérieur de l'Audiovisuel ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°44, p.729).

¹⁰⁰¹ Cf. notamment C.E., 12/02/1960, Société Eky, p.101 ; *Sirey* 1960, III., p.131, conclusions J. Khan ; *Dalloz* 1960, p.264, note L'Huillier ; *La semaine juridique* 1960.II, n°11629 bis, note G. Vedel : le Conseil d'État admet, par le jeu combiné des articles 34 et 37 de la Constitution et des articles 465 et 466 de Code pénal (définissant les peines contraventionnelles), le droit du gouvernement de définir par voie réglementaire des contraventions et d'en prévoir la répression pénale dans les limites fixées par ces deux derniers articles.

Voir également C.C., décision du 19/02/1963 (*La semaine juridique* 1965, II, 14171, note O.K.) et décision n°73-80 L. du 28/11/1973, Taxation d'office, p.45, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°22 (cette dernière excluant de la compétence réglementaire les peines privatives de liberté), confirmées à plusieurs reprises.

¹⁰⁰² Ainsi par exemple, en matière de répression administrative -qui s'avère beaucoup plus permissive sur ce point que la répression pénale-, s'il est vrai que le Conseil constitutionnel se contente, pour déterminer l'infraction, d'une "référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis" (décision C.S.A. précitée, 37^{ème} considérant), on ne saurait imaginer une absence totale de définition du comportement sanctionnable.

¹⁰⁰³ Illustrant cette hypothèse, voir note J.R. sous C.E., Ass., 18/06/1958, Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence, *La semaine juridique* 1958, n°10727.

¹⁰⁰⁴ Voir *supra*, Titre I.

¹⁰⁰⁵ C.C., 30/12/1982, n°82-155 D.C.

¹⁰⁰⁶ Le juge judiciaire ne saurait en effet raisonnablement surseoir à statuer ici dans l'attente de la solution du litige administratif, dans la mesure où des considérations d'ordre public majeures s'y opposent. En outre, une disqualification *a posteriori* de la chose jugée s'avère exclue puisque cette dernière est ici, à la différence de celle qui s'attache à l'ordonnance d'expropriation, indubitable.

¹⁰⁰⁷ *Cours de Doctorat*, p.169 ; cités par P. Weil, *op. cit.*, p.83.

le règlement qui lui servait de base a été ultérieurement censuré par le juge de l'excès de pouvoir. Le sort du requérant se trouve donc suspendu, plus encore que dans l'hypothèse où il devait compter sur la bonne volonté de la Cour de cassation pour surseoir à statuer sur le transfert de propriété, à la bonne volonté éventuelle d'une institution sur laquelle il ne peut avoir aucune prise. En outre, il est un cas qui, par définition, ne peut se résoudre par une pareille équation : celui dans lequel la condamnation prononcée a été totalement exécutée avant que n'intervienne l'annulation du texte qui lui servait de fondement.

3 - Les remèdes envisageables

a) On pourrait tout d'abord imaginer qu'un texte de loi prévoie l'annulation du règlement qui servait de base aux poursuites comme un cas supplémentaire de révision des procès pénaux, afin de faire plier la jurisprudence traditionnellement contraire de la Cour de Cassation sur ce point¹⁰⁰⁸. Ce type de solution se rapproche de celui qui a été privilégié en matière d'expropriation ; mais, à l'instar de ce dernier, il fait primer l'efficacité de l'action administrative sur la protection de l'administré (dont la condamnation aura été effective pendant une période éventuellement longue, ce qui, même si la privation de liberté est ici par principe exclue, peut s'avérer particulièrement fâcheux).

b) C'est pourquoi, il semble que la meilleure des réformes à envisager soit, comme dans tous les domaines où l'appréciation de légalité d'un acte administratif devrait précéder son application par le juge judiciaire (ce qui englobe le contentieux de l'expropriation), d'imposer au juge de l'excès de pouvoir un délai particulièrement bref pour statuer. Puisque, comme nous avons pu l'observer, ces matières sont considérées comme prioritaires -ce qui justifie que le juge judiciaire n'attende pas la décision de son homologue administratif-, pourquoi ne pas faire plutôt faire peser la responsabilité de cette urgence sur ce dernier ? En se prononçant très rapidement, il permettrait au contentieux judiciaire de s'ouvrir sur des bases assainies, et tout problème de conflits de chose jugée en serait naturellement prévenu.

Hormis par l'entremise de la consécration d'irrévocabilités, la réduction de la chaîne d'actes concernée par une annulation s'opère parfois par le jeu de certaines techniques forgées par le juge administratif.

¹⁰⁰⁸ Cf. C. Cass. Crim, 5/08/1915 précité.

SECTION 2. LES LIMITES INHERENTES A L'EMPLOI DE CERTAINES TECHNIQUES CONTENTIEUSES

Sans plus faire appel à aucune idée d'intangibilité ou d'irrévocabilité de quelque nature que ce soit, le juge peut, lorsque la matière s'y prête et que l'opportunité semble commander la solution, user de certains mécanismes contentieux dont l'effet est de réduire - parfois de façon importante - la portée d'une annulation qu'il est ou a été amené à prononcer. Deux techniques ont été utilisées dans cette optique, celle de la dissociation et celle de la détachabilité.

Paragraphe 1. La technique de la dissociation en matière d'autorisations d'urbanisme

La première des techniques dont se sert le juge pour limiter les effets de l'annulation consiste dans la mise à l'écart de la chaîne d'actes illégaux de décisions pourtant prises sur la base de la mesure annulée, et qui semblaient trouver dans celle-ci l'essentiel de leur fondement juridique. Cette pratique a intéressé le contentieux de l'urbanisme, et a été plus précisément utilisée dans le dessein d'atténuer la portée qu'aurait pu revêtir l'annulation juridictionnelle d'un P.O.S. Signalons avant toutes choses cependant que si cette solution (issue de la jurisprudence *Gepro*) a connu bien des avatars depuis qu'elle a été consacrée, du fait de l'arrêt *Commune de Saint-Palais-sur-mer* et de son renversement par la loi du 9 février 1994¹⁰⁰⁹, son intérêt théorique dans l'optique ici envisagée n'a jamais souffert de ceux-ci. Cela étant précisé, on peut s'intéresser de plus près au mécanisme de la dissociation et tenter de montrer que, loin de s'imposer naturellement au juge, elle est le fruit de préoccupations pratiques, et qu'elle présente l'avantage non négligeable de lui permettre de moduler à volonté les conséquences d'un prononcé d'annulation.

I - Une dissociation volontaire

Il ne semble pas inutile de s'appesantir dans un premier temps sur le point suivant : le procédé qui constitue le centre de nos présents développements a été utilisé de façon délibérée, à la suite d'une démarche intellectuelle dont on peut nettement retracer les différentes étapes ; il ne s'agit plus d'une dissociation "naturelle", comme celles qui permettent de distinguer entre ce qui fait partie des chaînes d'actes concernés par l'annulation et ce qui s'en démarque¹⁰¹⁰. En effet, les actes qui vont être soustraits aux incidences de la censure d'un document d'urbanisme subissaient à l'origine le contrecoup de celle-ci, et c'est seulement du fait de l'apparition de certains facteurs pratiques que le juge a accepté de reconsidérer ses conceptions initiales.

¹⁰⁰⁹ Nous reviendrons en détail sur cette évolution en temps utile. Cf. *infra*, Partie II.

¹⁰¹⁰ Voir sur ce point les développements du Titre préliminaire consacrés à la notion de chaîne d'actes touchés par l'annulation.

A. L'inopportunité des solutions traditionnelles

1 - Le jeu originel des règles contentieuses classiques

Comme toute décision administrative, un P.O.S. peut être soumis à l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir ; et ce dernier, après qu'il a été saisi, met souvent un certain temps - pour ne pas dire un temps certain - pour statuer et éventuellement annuler le texte litigieux¹⁰¹¹. Or, comme le permet l'effet non suspensif du recours, de nombreuses autorisations ont pu, dans l'intervalle, être délivrées à la lumière du P.O.S. censuré par la suite. La question s'est donc posée de savoir si la chute d'un P.O.S. devait entraîner celle des décisions d'urbanisme prises sur son fondement. Une réponse positive ne faisait a priori guère de doutes au regard des principes traditionnels qui gouvernent le contentieux administratif : le P.O.S. - acte réglementaire¹⁰¹² - censuré par le juge condamnait par là même toutes les décisions individuelles prises sur sa base¹⁰¹³, à condition toutefois que ces mesures ne soient pas devenues définitives du fait de l'expiration du délai de recours à leur encontre, et de la cristallisation des droits que cela induit¹⁰¹⁴. Et, de fait, la tendance, avant 1986, était à l'annulation automatique, par voie de conséquence, des autorisations délivrées sur le fondement du P.O.S. Le Conseil d'État déduisait le plus souvent de l'annulation du P.O.S. l'irrégularité des permis¹⁰¹⁵ ou des refus de permis¹⁰¹⁶ qu'il avait fondés sans rechercher d'éventuels vices propres à ceux-ci.

2 - L'inadaptation manifeste des règles contentieuses classiques aux réalités nouvelles

Avec l'explosion du contentieux de l'urbanisme faisant notamment suite au grand mouvement de décentralisation amorcé en 1982¹⁰¹⁷, de plus en plus de P.O.S. se sont trouvés soumis à l'examen du juge et, à l'issue de celui-ci, annulés, le plus souvent au terme d'une procédure longue de plusieurs années. Devant cette inflation de litiges, l'automatisme de la chute des autorisations d'urbanisme imposé par les principes traditionnels de l'annulation par voie de conséquence apparut rapidement abusif dans certaines situations, notamment dans celles où le P.O.S. s'était fait censurer pour une simple et bénigne irrégularité formelle. Quelques arrêts, bien qu'isolés dans un premier temps, semblaient avoir pressenti cet inconvénient ; ils se positionnèrent donc à contre-courant de la logique traditionnelle¹⁰¹⁸. Mais il faudra attendre l'arrêt *Société Gepro*¹⁰¹⁹, éclairé par les conclusions du commissaire du

¹⁰¹¹ Sur le problème de la lenteur de la juridiction administrative, voir *infra*, Chapitre suivant.

¹⁰¹² C.E., S., 23/03/1979, Commune de Bouchemaine, p.127, conclusions D. Labetoulle ; *La semaine juridique* 1979, II, n°19171, note F. Bouyssou.

¹⁰¹³ Au nombre desquelles figurent les permis de construire :

C.E., Ass., 28/02/1974, Commune de Montory, p.93.

¹⁰¹⁴ Cf. notamment les jurisprudences Caussidery et Quériaud précitées.

¹⁰¹⁵ Cf. notamment :

- C.E., 5/01/1979, Dame Robinet et Flandres, p.928.

- C.E., 4/02/1981, Périer, *Administrer* 1981, p.30, conclusions B. Genevois, note G. Liet-Veaux.

- C.E., 8/11/1985, S.C.I. du Moulin, p.874.

¹⁰¹⁶ C.E., 17/10/1980, Laudrain, p.926.

¹⁰¹⁷ Voir à ce propos les chiffres cités par M. Stirn, "Le juge administratif et les documents d'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.390

¹⁰¹⁸ Voir notamment :

- C.E., 26/05/1982, S.C.I. Valsnow-Bellevarde, p.139.

- C.E., 10/05/1985, Comité interprofessionnel du Logement "le refuge", inédit.

¹⁰¹⁹ C.E., S., 12/12/1986, p.282 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.275, conclusions C. Vigouroux ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1987, p.518, note D. Delpirou ; *Les petites affiches* 29/04/1988, p.15, 1^{ère} espèce, note J. Morand-Deville.

gouvernement Vigouroux reprenant une idée émise par certains membres de la doctrine, pour assister à un véritable renversement de l'état du droit jurisprudentiel.

B. L'idée de la dissociation

1 - Source

La logique nouvelle trouve son assise dans les arguments développés quelques années auparavant par M. Liet-Veaux¹⁰²⁰. Cet auteur avait fait remarquer que les articles 552 al.2 du Code civil et L.112-1 du Code de l'urbanisme affirmaient le droit de construire comme constituant une prérogative de la propriété du sol en elle-même. Pour lui, cela sous-entendait que ce n'était pas du P.O.S que procédaient les permis de construire, mais bien plus simplement du droit de propriété pris en tant que tel, la réglementation d'urbanisme n'ayant pour autre raison d'être que d'aménager ou de circonscrire ce droit de construire¹⁰²¹. M. Liet-Veaux concluait donc sa démonstration en contestant la jurisprudence consacrant de façon générale la contamination des permis de construire du fait de l'illégalité du P.O.S..

2 - Consécration

Afin d'éviter les conséquences indésirables de l'annulation d'un P.O.S., M. Vigouroux eut l'idée de faire sortir les autorisations d'urbanisme prises sur la base de celui-ci de la chaîne d'actes susceptibles de s'y rattacher exclusivement, et donc de subir le contrecoup d'une telle censure juridictionnelle. Il lui suffit pour ce faire de reprendre à son compte les idées de M. Liet-Veaux. Les conclusions sur l'arrêt *Gepro*¹⁰²² se situent de fait dans la lignée exacte de ce raisonnement : insistant sur le fait que "le droit de l'urbanisme - n'est - pas subordonné au P.O.S.", M. Vigouroux, sans nier qu'il existe entre permis et P.O.S. un lien privilégié dans la mesure où le premier permet le contrôle par l'administration du respect des règles d'urbanisme aujourd'hui, pour l'essentiel, contenues dans le second, démontre que le permis n'en conserve pas moins une "certaine indépendance". En privilégiant l'idée selon laquelle le permis de construire n'assure pas seulement le contrôle du respect de la réglementation locale d'urbanisme mais aussi de celui des différentes règles et normes étatiques en matière de construction et d'environnement¹⁰²³, il conclut que "le permis (...) n'est pas pris "en application" -du P.O.S.- au sens où sont pris les actes d'application dont l'existence même est impossible sans le règlement", ce qui induit qu'il "possède une autonomie (...) suffisante pour que l'annulation du plan n'entraîne pas automatiquement " sa chute¹⁰²⁴. Cette solution, en germe dans l'arrêt *Gepro*,

¹⁰²⁰ "Des dangers de l'exception d'illégalité (...)", in *Mélanges Péquignot*, art. cit. p.435.

¹⁰²¹ Ces idées ont été reprises plus récemment par ce même auteur dans *La revue administrative* 1992, p.185, "Chronique des lecteurs - Liberté et construction".

¹⁰²² Conclusions précitées.

¹⁰²³ C'est le cas au hasard :

- des règlements sanitaires élaborés par décrets (C.E., 10/01/1970, de Fligue, p.31.)

- des règles de protection des monuments historiques ou des sites (C.E., 29/07/1971, S.C.I. la Charmille de Monsoult, p.86, précité)

- des règles relatives à la protection des ouvrages militaires (C.E., 23/01/1982, Association de sauvegarde de l'environnement Maillot-Champerret, *Revue de droit immobilier* 1982, p.44, obs. F. Bouyssou) etc.

Sans compter les dispositions du R.N.U. applicables même en présence de P.O.S. approuvés !

¹⁰²⁴ Voir également l'avis de J. Arrighi de Casanova, dans ses conclusions précitées sur l'arrêt Mme Chiarazzo (C.E., 1er/12/1993 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.152) : un P.O.S. "n'est pas nécessaire pour qu'un permis puisse être délivré et ce dernier ne trouve pas non plus nécessairement son fondement dans les dispositions" du règlement local d'urbanisme.

sera explicitée par une décision rendue immédiatement après¹⁰²⁵ : le permis de construire "ne constitue pas un acte d'application" du P.O.S.¹⁰²⁶. Des arrêts ultérieurs ont consacré et étendu la solution à des hypothèses proches. Le développement le plus intéressant, réalisé en matière d'autorisation de lotir¹⁰²⁷, allait de soi car, comme le soulignait le commissaire du gouvernement Toutée¹⁰²⁸, la nature des permis de construire et des autorisations de lotir étant identique, "il n'y a aucun motif de dissocier le sort qui leur est réservé"¹⁰²⁹. On peut également noter l'exacte transposition de la jurisprudence *Gepro*, après quelques attermolements, aux conséquences de l'annulation d'un plan d'aménagement de zone¹⁰³⁰.

La technique de la dissociation présente, on va le voir maintenant, de nombreux avantages pour le juge par rapport à une rupture pure et simple de la chaîne d'acte touchée par l'annulation, dans la mesure où elle lui permet de moduler presque à volonté les incidences de la censure d'un document d'urbanisme sur les mesures prises sur son fondement.

II - Une dissociation sélective

Si le juge avait totalement disjoint les autorisations d'urbanisme et les documents dans le cadre desquels elles ont été prises, il aurait conféré aux premières une immunité abusive. Tout l'intérêt de la technique de la dissociation se révèle, par le double jeu des idées de dissociabilité et d'indissociabilité, d'éviter cet excès tout en remédiant à ceux qu'engendrait l'application aveugle des règles classiques de l'annulation par voie de conséquence. Ainsi, dans ses conclusions particulièrement détaillées sur l'arrêt *Gepro*, M. Vigouroux a-t-il pu distinguer plusieurs cas de figure que la jurisprudence ultérieure a largement consacrés.

¹⁰²⁵ C.E., 28/01/1987, p.20, Association Comité pour la défense des espaces verts c/ Sté Le Lama, p.20 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.279, conclusions C. Vigouroux ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1987, p.628, note D. Delpirou ; *Dalloz* 1987, somm. com. p.256, observations H. Charles.

Voir également, C.E., 27/05/1991, époux Bouquet, p.213 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.698 ; *Revue de droit immobilier* 1991 p.330.

¹⁰²⁶ M. Venezia (*art. cit.*) a tenté d'expliquer la position du Conseil en insistant sur la différence de nature existant entre les "mesures prises en application" qui seules pâtiraient de l'annulation de l'acte-base (voir supra, Titre préliminaire) et les "mesures prises par application" qui, elles, ne seraient pas des actes conséquences car se bornant à intervenir "dans le cadre" d'une règle supérieure.

On verra à l'occasion de l'étude sur l'utilité de l'exception d'illégalité qu'une telle systématisation ne correspond peut-être pas à l'empirisme des solutions jurisprudentielles.

¹⁰²⁷ Le premier arrêt à adopter cette solution (C.E., 29/04/1987, S.A. H.L.M. "le nouveau logis", inédit, cité par H. Toutée dans ses conclusions précitées) n'eut pas le retentissement de son successeur, à savoir l'arrêt Assaupamar (précité) : "si l'autorisation de lotissement ne peut, en vertu de l'article R.315-28 du code de l'urbanisme, être délivrée que pour un projet qui respecte la réglementation d'urbanisme en vigueur, elle ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation ; (...) il suit de là que la constatation par le juge de l'illégalité d'un P.O.S. n'entraîne pas de plein droit celle d'une autorisation de lotir qui a été délivrée sous l'empire de ce plan."

¹⁰²⁸ Conclusions précitées.

¹⁰²⁹ D'autres extensions ne sont pas à exclure : c'est ainsi par exemple que M. de Montgolfier envisageait l'application de la jurisprudence *Gepro* aux certificats d'urbanisme positifs (voir conclusions sur l'arrêt de Section du 7/06/1991 Commissaire de la République de la Corse du Sud c/ M. Raccat , *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.813, et en particulier p.816).

¹⁰³⁰ Cf. C.E., 5/12/1994, Syndicat Viticole de Pessac-Léognan et autres, précité, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, n°7, 1995, p.91, conclusions S. Lavignes.

A. La dissociabilité permet la sauvegarde de l'acte subséquent

1 - Philosophie de la dissociabilité

C'est par l'entremise du concept de dissociabilité qu'il va être répondu au souci de sauvegarder, autant que faire se peut, les permis délivrés sur la base d'un P.O.S. annulé. On a déjà mis en avant quelle aberration il y aurait, sur le plan de l'opportunité, à condamner systématiquement des permis justifiés au fond mais délivrés sur la base d'un P.O.S. dont l'annulation n'a été motivée que par la présence d'un vice externe l'affectant. Les situations inacceptables que cela entraînerait s'imaginent aisément, ne serait-ce par exemple que l'interruption de chantiers déjà entrepris, avec toutes les incertitudes que cela génère, notamment sur le plan financier¹⁰³¹. Le but est donc de sauver les autorisations d'urbanisme qui méritent de l'être, en les préservant de l'onde de choc causée par la mise à jour de l'illégalité du règlement qui les fondait. Considérer avec M. Liet-Veaux qu'il existe une dissociabilité entre permis de construire et document d'urbanisme parce qu'il ne conditionne pas, du moins à lui seul, leur légalité, autorise à ne pas faire pâtir ceux-là de l'annulation de celui-ci.

2 - Action de la dissociabilité

* Pour prévenir la chute de l'autorisation d'urbanisme consécutivement à la censure du texte visé lors de sa délivrance, on peut tout d'abord songer à une substitution de base légale. M. Vigouroux l'a d'ailleurs envisagé : selon lui, s'il existe dans le droit remis en vigueur par la disparition du P.O.S. censuré, une disposition sur laquelle peut de toute évidence se fonder le permis contesté, le Conseil d'État va procéder à une telle substitution et sauver ainsi ce dernier de l'annulation¹⁰³². Cela semble toutefois assez difficile à réaliser en matière d'octroi de permis de construire car, contrairement au cas où un refus est opposé à une demande en ce sens, la décision de l'administration ne doit pas obligatoirement être motivée et le juge n'aura, de ce fait, pas toujours connaissance des motifs qui l'ont inspirée. C'est pourquoi l'on peut penser que ce cas de figure est destiné à se cantonner aux espèces dans lesquelles, conformément à la jurisprudence *Association pour la protection du site du Vieux Pornichet*¹⁰³³, l'annulation d'un P.O.S. approuvé aura fait resurgir un plan rendu public encore en vigueur et matériellement proche, ou en cas de censure d'une modification ou d'une révision légère. En revanche, dans les hypothèses de résurrection de documents plus anciens ou moins précis ne pouvant servir de base évidente au permis en cause, le juge ne pourra pas souvent, sauf à faire preuve d'une trop grande audace, pratiquer ce type de substitution sans empiéter sur le pouvoir d'appréciation réservé à l'administration.

* Mais, lorsque précisément le juge ne peut procéder à une substitution de base légale, le permis ne tombe pas pour autant du seul fait de l'annulation du P.O.S. C'est à ce stade que l'idée de dissociabilité va produire son plein effet : le raisonnement global adopté par M. Vigouroux, privilégiant l'idée selon laquelle le droit de construire s'attache à la propriété du sol, conduit naturellement celui-ci à faire bénéficier le permis "d'une sorte de présomption de légalité, si du

¹⁰³¹ Voir en ce sens le commentaire du rapport du Conseil d'État L'urbanisme : pour un droit plus efficace, par MM. Charles et Hocreître, *Revue française de droit administratif* 1992, p.711 : "il est certain que les conséquences financières des décisions rendues en matière d'urbanisme pèsent parfois sur le sens des décisions. Qui peut le nier ?"

¹⁰³² Le juge accepte ainsi de réparer l'erreur de droit que, selon M. Genevois, l'administration commet "lorsqu'elle prend position sur une demande de permis de construire en se fondant sur un règlement illégal au lieu de s'interroger sur la règle légalement applicable" (conclusions sur l'arrêt Périer précitées).

¹⁰³³ Jurisprudence précitée.

moins aucune violation du règlement national n'apparaît"¹⁰³⁴. Cela suppose donc qu'en présence d'une autorisation de construire, par principe dissociable du P.O.S. annulé, le juge n'en reconnaîtra l'illégalité que si le requérant parvient à établir qu'elle contrarie une des dispositions ressuscitées du fait de la disparition du P.O.S. Cette idée est explicitée par l'arrêt *Association Comité de défense des espaces verts*¹⁰³⁵: "il appartient au juge, s'il est saisi des moyens en ce sens par la partie qui critique le permis, de rechercher si le projet de construction autorisé est ou non compatible avec les dispositions d'urbanisme redevenues applicables à la suite de l'annulation du P.O.S."¹⁰³⁶. La protection des titulaires de permis de construire dans le système mis en place par la jurisprudence *Gepro* s'avère donc très poussée, et ce d'autant que la violation des dispositions du règlement qui se substitue au texte annulé doit être mise en avant par les requérants, car elle ne saurait être soulevée d'office par le juge¹⁰³⁷. M. Vigouroux justifiait cet attentisme du juge, que cette violation ressorte ou non des pièces du dossier, par le fait que, dans les deux cas, la juridiction qui agirait en sens inverse outrepasserait son rôle, soit en statuant au delà des moyens dont elle était saisie, soit en substituant son interprétation à celle de l'administration.

La dissociation permet donc de préserver grandement les décisions prises dans le cadre d'une réglementation d'urbanisme annulée ; elle présente en outre, de par sa maniabilité, l'intérêt d'atténuer cette immunité dès lors qu'elle semblerait par trop excessive. Le jeu de la dissociabilité est en effet contrebalancé par celui de son jumeau, l'indissociabilité¹⁰³⁸.

B. L'indissociabilité rétablit le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence

Nous allons ici reprendre la différence fondamentale établie par M. Vigouroux entre refus et octroi d'autorisation rendus sur la base du P.O.S. annulé¹⁰³⁹.

1 - Pour un refus d'autorisation

Les conclusions rendues sur l'arrêt *Gepro* prônent une différence de traitement radicale selon la nature de la décision contestée à la suite de la censure juridictionnelle du document d'urbanisme. Alors que, nous l'avons vu, il pèse sur la décision d'octroi une présomption de légalité qui la préserve de l'annulation automatique par voie de conséquence, M. Vigouroux affirme qu'un refus d'autorisation doit quant à lui, en principe, suivre automatiquement dans sa chute le P.O.S. illégal qui l'avait fondé. Cette solution paraît se justifier tant sur le plan juridique que sur le plan de l'opportunité :

¹⁰³⁴ Conclusions précitées, p.277.

¹⁰³⁵ Jurisprudence précitée.

¹⁰³⁶ La même formule est reprise par un arrêt C.E., 28/04/1989, *Association Collectif pour sauvegarder les collines de la paix et les Monts Niçois c/ Bensabath*, *Droit administratif* 1989, n°369.

¹⁰³⁷ Le jugement du T.A. Versailles en date du 27/03/1987 *Sté civ. agricole et immobilière Champaubert et autres c/ Cne de Maisons-Laffitte et autres* (*Gazette du Palais* 1988, 1, somm. com. p.134) confirme expressément cette impossibilité.

¹⁰³⁸ On pourra s'amuser à effectuer un parallèle à ce propos avec le double rôle que tient l'idée de divisibilité en matière d'annulation partielle (voir *supra*, Titre I, Sous-titre I).

¹⁰³⁹ Cette distinction avait été envisagée par quelques commissaires du gouvernement avant l'arrêt *Gepro*, mais ceux-ci n'avaient pas jugé bon de la retenir du fait des difficultés de sa mise en œuvre.

Cf. notamment conclusions B. Genevois précitées sur C.E., 4/02/1981, Périer.

Elle n'était d'ailleurs pas totalement ignorée en jurisprudence (voir par exemple : C.E, Ass., 29/03/1968, *Sté du lotissement de la plage de Pamplonne*, p. 211, conclusions G. Vught ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, II, p. 336, chron. J. Massot et J-L. Dewost).

* Sous ce dernier angle, il s'avère en effet que l'annulation du refus est sans conséquences graves ni pour les administrés, ni pour l'administration elle-même : le pétitionnaire ne peut que se réjouir de la ré instruction de son dossier que cette annulation implique, puisqu'un sort plus favorable pourra éventuellement être réservé à sa requête ; les tiers quant à eux, dans l'hypothèse où le réexamen du dossier se traduirait par une décision d'octroi, peuvent, si celle-ci leur fait grief et à l'instar de ce qui s'offre au pétitionnaire en cas cette fois de nouveau refus, former un recours en excès de pouvoir contre la décision nouvelle ; l'administration enfin n'a pour autre obligation que de procéder à une seconde instruction du dossier en cause sur le fondement des règles que l'annulation du P.O.S. a remises en vigueur¹⁰⁴⁰.

* La solution n'est pas de surcroît dépourvue de tout fondement juridique. Si l'on considère en effet, encore avec M. Liet-Veaux¹⁰⁴¹, que la réglementation d'urbanisme doit être considérée comme une exception apportée, en vertu de la loi, au principe de libre disposition de son bien par le propriétaire, il est normal de concevoir le refus d'autorisation de construire comme un acte d'application de cette réglementation, puisque celle-ci est seule susceptible de lui servir de base légale. La chute des refus de permis consécutive à l'annulation du P.O.S. dans lequel l'autorité administrative avait puisé la règle justifiant sa décision constitue bien l'aboutissement logique de cette analyse. Il s'agit donc ici d'une indissociabilité "commune", de la même nature que celle qui lie tout acte annulé à ses actes-conséquence dans le cadre d'une chaîne d'actes concernée par une annulation. Rien ne pourra de ce fait sauver les refus des retombées de la censure du P.O.S. sur sa base duquel ils ont été opposés, excepté une fois encore, en raison de la spécificité du droit de l'urbanisme qui se compose de nombreux "textes gigognes" et parfois interchangeables, lorsqu'il se trouve dans la réglementation remise en vigueur du fait de la disparition de ce plan une disposition pouvant de façon évidente leur servir de fondement : il apparaît dès lors superflu de renvoyer le dossier à l'administration en vue d'une nouvelle instruction, puisque le juge est à même, sans se substituer à celle-ci, de constater le bien fondé de la mesure au regard des règles ressuscitées. Inutile donc d'encombrer les services compétents si l'issue du dossier ne fait aucun doute¹⁰⁴².

2 - Pour une autorisation

Cette perspective s'avère nettement plus intéressante dans la mesure où l'idée d'indissociabilité va s'y révéler dans toute sa spécificité : elle ne s'identifie plus, comme dans l'hypothèse précédente, au lien qui unit acte annulé et acte-conséquence, mais apparaît bien comme le pendant de l'idée de dissociabilité qui a permis au juge de faire sortir les autorisations d'urbanisme de la sphère des effets de l'annulation du P.O.S..

¹⁰⁴⁰ Voir *supra* ; et par exemple, C.E 26/06/1985, S.C.I. Les cabanniers de la Marronnède, précité.

¹⁰⁴¹ *Art. cit.*

¹⁰⁴² Au vu de la jurisprudence ultérieure, le juge semble s'autoriser cependant à rechercher si une substitution est possible alors même qu'elle ne ressort pas du dossier de façon manifeste : Cf. C.E., 10/06/1992, Commune de Falicon, p.227 ; *Revue française de droit administratif* 1992, p.780. : "il y a lieu de rechercher si celles des dispositions (du règlement qui renaît du fait de l'annulation du P.O.S.) qui mettent en œuvre les mêmes préoccupations que celles des dispositions du P.O.S. sur lesquelles est fondée la décision attaquée et donnent à l'autorité administrative le même pouvoir d'appréciation sont susceptibles d'être substituées aux dispositions irrégulièrement invoquées".

a) Ce que recouvre l'idée d'indissociabilité dans le contentieux des autorisations d'urbanisme

L'autorisation d'urbanisme est, comme on a pu le constater et à l'inverse du refus, considérée comme ne constituant pas une mesure d'application du P.O.S. ; c'est la raison pour laquelle l'illégalité qui affecte ce dernier ne rejaillit pas sur elle de façon mécanique. Cela ne fait toutefois pas obstacle à l'existence d'une hypothèse dans laquelle demeure l'automaticité de la chute du permis en raison de l'annulation du P.O.S. : il s'agit du cas où se trouve censurée une disposition de ce dernier - en règle générale un découpage arbitraire pratiqué par celui-ci - qui n'avait pas d'autre raison d'être que de favoriser les projets de certains constructeurs. Le permis dont l'octroi a été rendu possible par ce "zonage scélérat"¹⁰⁴³ tombera en conséquence de l'invalidité du P.O.S., sans que le juge ait à examiner sa régularité propre, parce qu'il existe alors une "indissociabilité" entre eux. De cette façon, on évite que ne soient abusivement protégés les permis de construire qu'affectait une illégalité trop grossière. M. Hostiou avait déjà envisagé la possibilité de "traiter différemment les cas où la légalité externe ou au contraire interne du P.O.S. était contestée"¹⁰⁴⁴. M. Vigouroux va encore plus loin et opère une distinction au sein même de la censure des illégalités internes du P.O.S. : seules les affaires dans lesquelles seront sanctionnés des vices proches du détournement de pouvoir seront susceptibles d'engendrer une telle indissociabilité ; autant dire que celles-ci ne seront pas extrêmement fréquentes. Le cas s'est pourtant parfois présenté : dans l'arrêt *Gepro* lui-même, le classement en zone NDe "protection des sites" d'un espace boisé avait été transformé en classement NAUe afin de favoriser la construction d'une centaine de logements. Le Conseil d'État, considérant que le permis accordé subséquemment l'avait été "en application de ces dispositions illégales spécialement édictées pour rendre possible l'opération litigieuse" annula celui-ci "par voie de conséquence" et "compte tenu de ce lien"¹⁰⁴⁵. L'idée sous-jacente de détournement de pouvoir a d'ailleurs été explicitée par l'arrêt *Epoux Johannet*¹⁰⁴⁶ où la modification litigieuse avait eu pour objet de rendre constructible un terrain acquis quelques mois auparavant par une parente du maire travaillant au service d'urbanisme de la commune¹⁰⁴⁷. Même si elle semble quelque peu tempérée par la jurisprudence la plus récente, cette exigence de manœuvre plus ou moins louche demeure à l'évidence vivace dans les solutions adoptées par le Conseil d'État¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ Selon l'expression de M. Toutée dans ses conclusions sur l'arrêt *Assaupamar* précitées.

¹⁰⁴⁴ Note sous l'arrêt *Ministre de l'environnement c/ Comité inter association pour l'environnement de Nancy* précitée.

L'idée provient plus exactement des conclusions de M. Stirn sur cet arrêt, à propos de l'utilité de l'exception d'illégalité. M. Hostiou repoussait cette solution, considérant la position du Conseil d'État qui n'avait pas effectué la distinction en cause comme "la plus simple" et "la seule satisfaisante".

¹⁰⁴⁵ Pour un cas similaire, Cf. C.E., 4/12/1987, S.A. Europe-Maison, p.198 ; *Les petites affiches* 29 avril 1988, 3^{ème} espèce, note J. Morand-Deville : révision du P.O.S. en vue de permettre la construction de 61 maisons individuelles face au large alors que la zone côtière était extrêmement protégée par tout un dispositif réglementaire.

¹⁰⁴⁶ C.E., 19/06/1991, *Revue française de droit administratif* 1991, p.698.

Cf. également C.E., 28/11/1990, Puchelle, inédit.

¹⁰⁴⁷ Voir également C.E., 1er/12/1993, Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles c/ Association Riedisheim environnement, req. n°132151, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, mars 1984, p.80, conclusions J. Arrighi de Casanova.

¹⁰⁴⁸ Ainsi, pour le commissaire du gouvernement S. Lavignes dans ses conclusions sur l'arrêt du 29 juillet 1994 S.C.I. Baudin (*Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme* ; 1994, n°5, p.23), le Conseil d'État a "insensiblement élargi le champ de l'indissociabilité- en dépouillant en partie la jurisprudence *Gepro* de son caractère subjectif, proche du détournement de pouvoir, et en annulant des permis de construire par voie de conséquence lorsqu'il apparaît simplement que les dispositions illégales ont été adoptées afin de rendre possible la délivrance du permis de construire". Il n'empêche que, dans l'arrêt en cause, l'indissociabilité est encore retenue pour qualifier une manigance pour le moins suspecte (application anticipée, après annulation d'un précédent permis, des dispositions du P.O.S. en cours de révision qui supprimaient la restriction ayant entraîné la censure initiale).

b) Ce que constitue cette indissociabilité par rapport aux règles de l'annulation par voie de conséquence

La solution que l'on vient de retracer ne se plie pas facilement aux canons de l'annulation par voie de conséquence. Comme le souligne le commissaire du gouvernement Frydman dans ses conclusions sur l'arrêt *Ministre de l'urbanisme c/ Association pour la défense de l'environnement et de la qualité de la vie de Golfe-Juan et Vallauris et autre*¹⁰⁴⁹, le raisonnement suivi "apparaît de ce point de vue comme une simple jurisprudence d'opportunité dépourvue de réel fondement juridique. En retenant un prétendu lien d'indissociabilité entre P.O.S. et permis, elle est en effet rigoureusement contraire à la règle (...) selon laquelle le permis n'est pas un acte d'application du plan"¹⁰⁵⁰. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'on estime qu'une autorisation d'urbanisme procède seulement du droit de construire tel qu'il résulte du droit de propriété - qui permet *a priori* une libre disposition de son bien - et non de la réglementation des sols - dont le seul but est de restreindre cette faculté -, auquel cas il ne saurait jamais y avoir de contamination de l'illégalité du P.O.S. sur le permis puisqu'il n'existe aucun lien direct entre les deux ; ou bien l'on considère que c'est la réglementation d'urbanisme qui autorise la délivrance des permis de construire, et l'on admet alors que l'illégalité de l'acte-base se transmettra irrémédiablement aux mesures prises sur son fondement. Si l'on avait suivi cette logique juridique dans toute sa rigueur, il n'y aurait eu aucune place pour la demi-mesure. Là se concentre tout l'intérêt de la notion de dissociation, et de ses deux composantes structurelles que sont la dissociabilité et l'indissociabilité : faisant fi des rigidités qui caractérisent les règles de l'annulation par voie de conséquence, elle permet au juge d'en éviter l'automatisme qui se révélait en la matière extrêmement fâcheux, tout en n'en écartant pas le principe lorsqu'il apparaît nécessaire de sanctionner une opération interlope. L'indissociabilité n'équivaut donc pas ici au lien de dépendance qui unit un acte-conséquence normal à un règlement illégal ; elle n'est en somme qu'un instrument au service du juge dans les hypothèses où il pense qu'il convient de condamner un permis que des manœuvres frauduleuses ont favorisé.

La mise à l'écart d'un acte hors de la chaîne d'actes susceptibles d'être contaminés par une annulation constitue un moyen intéressant de limitation des effets de celle-ci ; encore convient-il d'en relativiser - pour l'instant du moins - la portée, dans la mesure où le droit du permis de construire semble constituer l'unique domaine dans lequel ce procédé trouve à s'exercer. On ne saurait pour autant le négliger tant sur un plan purement conceptuel que pratique, eu égard à l'importance quantitative du contentieux en cause. Cette remarque peut également parfaitement s'appliquer à la deuxième technique contentieuse permettant au juge de brider les effets d'une annulation.

¹⁰⁴⁹ C.E., 21/07/1989, p.21 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, décembre 1989, p.407 s.

¹⁰⁵⁰ *Ibid*, p.410.

Paragraphe 2. La technique de la détachabilité en matière contractuelle

Certains actes sont de primes abords insusceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils s'intègrent dans une opération dont le contentieux global appartient au juge de plein contentieux¹⁰⁵¹. On pense essentiellement aux domaines électoral, fiscal et contractuel. Depuis de nombreuses années cependant, le juge de l'annulation a consenti à "détacher" quelques décisions s'y rapportant, s'autorisant de ce fait à connaître d'une partie des litiges nés en ces matières, ce notamment au profit de tiers pour qui attaquer pour excès de pouvoir de tels actes constitue la seule faculté de contestation. Cette apparente bienveillance va toutefois montrer ses limites en matière contractuelle, car ici, l'emploi de la détachabilité va permettre parallèlement aux juridictions administratives de ne pas se départir de la circonspection traditionnelle qui caractérise leur attitude à l'égard de ce mode d'action.

I - Le procédé de la détachabilité est censé étendre le champ du recours pour excès de pouvoir

Si le juge a élaboré le concept d'"acte détachable", c'est essentiellement pour soumettre au contrôle direct de légalité des décisions qui y étaient jusque là soustraites¹⁰⁵². Cette technique devait connaître un succès tel que le nombre d'actes ainsi qualifiés n'a cessé de croître au fil des ans, notamment en matière contractuelle.

A. Généralités concernant le concept d'acte détachable

Point n'est utile de retracer en détail la naissance du phénomène, qui a depuis longtemps fait l'objet de nombreuses et complètes présentations¹⁰⁵³, pas plus que l'évolution qu'il a subie. On ne saurait cependant faire l'économie de quelques rappels minimaux.

1 - La consécration de la "détachabilité"

a) Initialement existait la théorie du "tout indivisible", selon laquelle toutes les décisions qui participaient à la réalisation d'une opération dont le contrôle était confié au juge du plein contentieux ne pouvaient s'en trouver dissociées pour donner lieu à des recours propres. Des nombreuses raisons alors avancées pour justifier cette solution, il faut retenir notamment l'idée

¹⁰⁵¹ Sur l'idée d'incompétence naturelle du juge de l'excès de pouvoir en matière de plein contentieux, voir notamment J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, n°1007.

Et sur celle d'une tendance actuelle de la jurisprudence à affirmer l'existence de "blocs de plein contentieux par nature" excluant toute possibilité de recours pour excès de pouvoir, voir conclusions M. Fornacciari sous C.E., S., 31/03/1989, Département de la Moselle, *Revue française de droit administratif* 1989, p.466 (et plus spécialement p. 469).

¹⁰⁵² Cette remarque vaut également pour les actes détachables des relations internationales, que le juge accepte de dissocier de la théorie des actes de gouvernement (voir notamment à leur propos R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°993-3). Mais nous ne consacrerons pas de développements à ce type de décisions dans la mesure où elles ne présentent aucun intérêt dans l'optique de notre recherche. Comme le signale en effet B. Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt Vo Thanh Nghia (C.E., S., 22/12/1978, p.523, *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, n°4, p.36), ces actes sont "tournés vers l'ordre interne", et à ce titre, leur éventuelle annulation ne saurait produire aucun effet sur les relations internationales dont on les a détachés. Dès lors, aucune spécificité ne justifie qu'on s'intéresse de plus près à cette censure.

¹⁰⁵³ Voir notamment H. Charles, *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français*, *op. cit.*

d'exception de recours parallèle : consacrée par des arrêts fort anciens¹⁰⁵⁴, cette théorie prônait l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir lorsque le requérant disposait d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction¹⁰⁵⁵. Elle semblait essentiellement fondée sur des considérations d'ordre pratique, le risque étant grand de voir le Conseil d'État submergé par l'exercice systématique d'un recours dont on connaît la facilité d'engagement¹⁰⁵⁶. En ce qui concerne la matière contractuelle, deux autres justifications avaient été avancées : tout d'abord la théorie de l'"incorporation", découlant de l'idée de recours parallèle¹⁰⁵⁷, qui prétendait qu'une fois définitif ou exécuté, le contrat englobait tous les actes ayant concouru à sa conclusion, lesquels perdaient de ce fait leur individualité et toute spécificité contentieuse¹⁰⁵⁸. Le second argument s'appuyait sur l'idée de droits acquis, nés du contrat, qu'il paraissait inadmissible de remettre en cause par l'entremise de la contestation d'un "acte support" de celui-ci¹⁰⁵⁹.

b) Cette théorie du tout indivisible devait rapidement dévoiler ses faiblesses, dont la principale consistait à priver certains intéressés, qui n'avaient pas accès au juge de plein contentieux, de toute possibilité de contestation. Les illégalités affectant les actes rattachés à cette entité avaient toutes les chances de rester impunies, ce qui pouvait, dans certains cas, déboucher sur de réels "dénis de justice"¹⁰⁶⁰. Il en allait en particulier ainsi dans les domaines électoral, fiscal et contractuel, dans lesquels l'édition de nombreux actes s'avère souvent nécessaire à la réalisation des opérations s'inscrivant dans ces cadres¹⁰⁶¹. C'est pourquoi la jurisprudence devait, dans les premières années du XX^{ème} siècle, y dégager le concept d'"acte détachable" qui pousse le juge à considérer que certaines des décisions qui participent à l'organisation d'une élection¹⁰⁶², l'application d'une imposition¹⁰⁶³ ou la conclusion et l'exécution d'un contrat¹⁰⁶⁴,

¹⁰⁵⁴ C.E., 20/02/1868, Couder et Bouchers de Paris, p.193, conclusions Aucoc ; et 4/02/1869, Mazet et Boulangeries de Montluçon, p.96 ; *Sirey* 1870. III, p.92, conclusions de Belbeuf.

¹⁰⁵⁵ Sur cette théorie, voir notamment Guillien, *L'exception de recours parallèle*, 1934 ; à noter que cette théorie est toujours appliquée dans d'assez nombreuses matières. Pour un exemple récent, voir C.E., S., 6/01/1995, Ministère de la Solidarité c/ Sté manufacture française des chaussures Eram, *Les petites affiches* 1995, n°67, conclusions J.-C. Bonichot ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.347, observations X. Prétot ; *La semaine juridique* 1995, II, n°22456, note F. Taquet.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p.18.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p.191.

¹⁰⁵⁸ Cf. notamment Laferrière, *op. cit.*, p.44 et 470 ; et C.E., 8/05/1897, Cimetière, p.345.

A noter que si tout recours spécifique par voie d'action était exclu à l'encontre de ces actes, ils demeureraient toutefois susceptibles d'un contrôle par la voie de l'exception : Cf. C.E. 2/03/1877, Institut Catholique du Nord, p.222.

¹⁰⁵⁹ Sur ce problème, voir *infra*, Partie II.

¹⁰⁶⁰ L'expression sera employée par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt Martin, *Revue du droit public* 1906, p.268.

¹⁰⁶¹ Pour d'autres secteurs soumis au juge du plein contentieux au contraire, les pouvoirs de ce dernier apparaissent suffisants pour assurer un contrôle d'ensemble satisfaisant : il en va ainsi en particulier du régime contentieux des établissements dangereux, incommodes et insalubres, où le juge spécialisé connaîtra de la légalité des arrêtés portant autorisation ou refus d'autorisation (C.E., 13/03/1937, Delanos, p.313) ; cela expliquera l'exclusion du recours pour excès de pouvoir dans ce domaine (C.E., 16/12/1955, Société Morai, p.595 ; 23/09/1988, Brault ; *Droit administratif* 1988, n°528).

¹⁰⁶² C.E., 24/07/1903 Commune de Massat et 7/08/1903, Chabot ; *Sirey* 1904.3, p.1, note Hauriou : recevabilité d'une commune (1er arrêt) et des électeurs (2^{ème} arrêt) à contester un sectionnement électoral communal.

¹⁰⁶³ C.E., 28/02/1913, Breil, p.289 ; *Sirey* 1918-1919.3, p.37 : recours contre une délibération de conseil municipal fixant le tarif d'une taxe.

¹⁰⁶⁴ C.E., 4/08/1905, Martin, p.749 ; *Sirey* 1906.3, p.49, note Hauriou ; *Dalloz* 1907, 3, p.49, conclusions Romieu : possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre une délibération concédant l'exploitation d'un service public.

sont susceptibles d'être isolées de l'opération principale afin de donner prise à un contrôle de l'excès de pouvoir.¹⁰⁶⁵

2 - L'expansion de la "détachabilité"

a) Multiplication des bénéficiaires de la notion

La vertu première de cette tendance était d'admettre les contestations des personnes à qui la théorie du tout indivisible interdisait tout accès au prétoire, car n'étant pas admis à former un recours de pleine juridiction. Cette détermination "subjective"¹⁰⁶⁶ de la détachabilité d'un acte, c'est-à-dire fonction de l'impossibilité pour la personne qui forme le recours d'obtenir satisfaction devant le juge normal de l'opération considérée, joue incontestablement dans certaines hypothèses¹⁰⁶⁷. Cependant, dès le départ, on a admis qu'un acte pouvait être également estimé détachable au bénéfice de requérants qui, pourtant, détenaient le pouvoir d'actionner parallèlement le juge de plein contentieux, ce dernier pouvant résoudre à leur profit le litige dans des conditions équivalentes¹⁰⁶⁸. Cela vaut en particulier en matière contractuelle, où, très vite, le cocontractant s'est vu accorder cette dualité de voies de droit quant aux actes relatifs à la passation du contrat¹⁰⁶⁹. La consécration de la notion d'acte détachable ruinait du même coup tant la théorie de l'exception de recours parallèle que celle de l'incorporation. L'idée de respect des droits acquis allait également se trouver fragilisée par l'expansion du concept étudié.

b) Multiplication des actes soumis à ce régime

* Dans les contentieux fiscal et électoral

A la suite des premières décisions ayant consacré l'idée d'actes détachables, la jurisprudence n'a cessé d'accroître le rôle de l'excès de pouvoir dans ces matières. C'est ainsi notamment que les décisions de nature réglementaire sont presque systématiquement considérées comme détachables des opérations dont elles ont pour but de permettre la réalisation¹⁰⁷⁰. Mais certains actes non réglementaires sont également susceptibles d'une pareille

¹⁰⁶⁵ Ces trois domaines ne constituent pas le terrain exclusif d'application de la théorie (voir par exemple, en matière d'édifices menaçant ruine, C.E., 4/07/1958, Société des établissements Thibout, p.413 : recevabilité d'un locataire d'un édifice faisant l'objet d'une procédure de péril à exercer contre celle-ci un recours pour excès de pouvoir) ; c'est dans leur cadre cependant que l'idée d'"actes détachables" a vu le jour, et s'applique de façon vraiment significative.

¹⁰⁶⁶ Pour reprendre la terminologie employée par MM. Auby et Drago, *op. cit.*, n°1010 s.

¹⁰⁶⁷ Par exemple, en matière fiscale, les tiers qui ne disposent pas d'un recours de pleine juridiction relativement aux impositions auxquelles ils ne sont pas assujettis pourront solliciter l'annulation par le juge pour excès de pouvoir de certains actes considérés comme détachables à leur égard.

Cf. notamment C.E., S., 13/10/1967, Ville de Puteaux, p.372 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.667, chron. J. Massot et J.-L. Dewost ; *La semaine juridique* 1968, n°15332, note C. Durand-Prinborgne.

¹⁰⁶⁸ Voir notamment sur ce point H. Charles, *op. cit.* p. 161 s.

¹⁰⁶⁹ C.E., 11/12/1903, Commune de Gorre et 22/04/1904, Commune de Villiers/ Mer ; *Sirey* 1906,3, p.49, note Hauriou.

Plus récemment, voir C.E., 5/12/1958, Secrétaire d'État à l'agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, p.620 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1959, p.57, conclusions J. Khan.

¹⁰⁷⁰ Plus récemment, voir C.E., 5/12/1958, Secrétaire d'État à l'agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne et au lancer de Grenoble, p.620 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1959, p.57, conclusions J. Khan.

Si cela est particulièrement vrai en matière fiscale (Cf. notamment C.E., S., 21/03/1969, Société Hauser, p.178, conclusions Bertrand ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.498, note J. Lamarque, et p. 622, obs. R.

qualification, soit parce qu'un texte prévoit à leur encontre la possibilité d'un recours spécifique¹⁰⁷¹, soit parce que le juge estime opportun qu'il en aille de la sorte¹⁰⁷². On se rend compte par là même de ce que la "détachabilité" a permis une assez large immixtion du juge de l'excès de pouvoir dans ces domaines soumis en principe au plein contentieux. Cette remarque se vérifie encore plus en matière de contrats administratifs.

* Dans le contentieux contractuel

Le phénomène a ici pris des proportions remarquables "à raison de l'attraction, presque de la complaisance, que le juge administratif a manifestées envers ce procédé de la détachabilité qui a alors permis au juge de l'excès de pouvoir d'agir et de sévir très près du contrat lui-même"¹⁰⁷³. On relève ici deux grandes catégories d'actes soumis à ce régime : les premiers se rapportent à la passation et à l'approbation des contrats et seront détachables tant à l'égard des tiers que des contractants ; les seconds relatifs à l'exécution du contrat bénéficieront en principe aux seuls tiers¹⁰⁷⁴. La détachabilité des décisions concourant à la formation du contrat est admise relativement facilement, et nombreuses sont celles d'entre elles qui sont assujetties à ce régime¹⁰⁷⁵ ; et si l'état du droit se révèle nettement plus restrictif quant aux actes d'exécution, il n'empêche que la réticence du juge connaît beaucoup d'assouplissements¹⁰⁷⁶, à tel point que "la jurisprudence récente fait du contentieux de l'annulation de certaines mesures d'exécution du contrat un domaine pratiquement réservé au seul juge de l'excès de pouvoir"¹⁰⁷⁷.

B. La pénétration du contentieux contractuel par le biais de l'acte détachable

1) Sous cet angle, le procédé de la détachabilité va susciter bien des interrogations. En effet, par hypothèse, un acte que le juge estime pouvoir séparer d'une opération ne doit pas représenter le cœur même de celle-ci : "si cet acte constitue un élément essentiel (...), il ne saurait en être détaché sans méconnaître la règle instituant la voie de droit particulière. La détachabilité pourra être, au contraire, admise si l'acte n'occupe qu'une place accessoire dans ce contentieux, s'il n'en constitue pas l'objet principal"¹⁰⁷⁸. L'intérêt de la notion réside en effet dans la permission

Drago), le contentieux électoral fait également une large place à cette idée, puisque le Conseil d'État y admet la détachabilité des actes permanents, tels que les arrêtés ou décrets portant organisation de différentes élections (voir notamment, s'agissant du décret organisant les élections à l'Assemblée des Communautés Européennes : C.E., Ass., 22/10/1979, Union démocratique du travail, p.384 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.19, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *Revue du droit public* 1980, p.531, conclusions M.-D. Hagelsteen).

¹⁰⁷¹ Voir par exemple les articles R. 128 et L. 351 du Code électoral, s'agissant des refus préfectoraux d'enregistrer une liste de candidats en matière d'élections municipales et régionales.

¹⁰⁷² C'est le cas, en matière fiscale, pour conférer au contribuable la possibilité d'agir rapidement contre une décision sans attendre l'issue du litige relatif au bien-fondé de l'imposition. Voir en ce sens, concernant un refus de l'administration fiscale d'accorder un sursis de paiement : C.E., S., 10/02/1984, S.A.R.L. Venutolo, p.61 ; *Dalloz* 1965, p.563, note J.-P. Maublanc.

¹⁰⁷³ B. Pacteau, "Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.115.

¹⁰⁷⁴ Cette possibilité a initialement été admise par l'arrêt C.E., S., 24/04/1964, S.A. de livraisons industrielles et commerciales (L.I.C.), p.239.

Sur l'exclusion de principe de la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir du cocontractant à l'encontre de tels actes, Cf. C.E., S., 9/12/1983, Ville de Paris, p.499.

¹⁰⁷⁵ Cf. D. Pouyaud, *op. cit.*, p.301 s.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p.304 s.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p.316.

¹⁰⁷⁸ J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, n°1011.

offerte à un intéressé de diriger contre un tel acte un recours pour excès de pouvoir indépendant de la contestation dont l'opération centrale ou finale peut faire l'objet¹⁰⁷⁹.

2) Or, ce caractère périphérique qui doit normalement s'attacher à la décision jugée détachable semble de moins en moins exigé par la jurisprudence en matière contractuelle. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il admis depuis fort longtemps, la dissociation fictive entre la décision par laquelle l'autorité administrative décide de passer un contrat et le contrat lui-même¹⁰⁸⁰. On en conviendra, cette détachabilité apparaît fort "subtile"¹⁰⁸¹, voire "arbitraire"¹⁰⁸² : "le juge de l'excès de pouvoir a ainsi une conception démesurément extensive de la notion de détachabilité pour les actes se trouvant en amont du contrat (...). Son analyse, dans laquelle la fiction juridique prédomine, s'apparente parfois à une pure spéculation intellectuelle"¹⁰⁸³. Cela se double de l'admission de plus en plus large de la détachabilité des actes participant à l'exécution du contrat, notamment à l'égard des tiers mais aussi, plus exceptionnellement, du cocontractant de l'administration¹⁰⁸⁴, bien que nous nous trouvions ici dans le corps même du contentieux contractuel.

3) Cette pénétration du procédé de la détachabilité au cœur de l'opération considérée transforme l'image de celui-ci : "l'acte détachable doit être pris pour ce qu'il est : un simple instrument procédural, une façon de mettre en forme les données juridiques mais non une réalité en soi. C'est une fiction, au même titre par exemple que les décisions implicites d'acceptation ou de rejet, qui n'ont pas de réalité en soi mais sont simplement la forme que donne le juge au litige"¹⁰⁸⁵. Mais pourquoi recourir à l'entremise de ce procédé lorsqu'il paraîtrait plus judicieux de permettre purement et simplement la soumission du contrat lui-même au recours pour excès de pouvoir ? Nous nous trouvons bel et bien, semble-t-il, face à un réel "paradoxe"¹⁰⁸⁶. A y regarder de plus près cependant, l'attitude du juge apparaît moins gratuite qu'on pourrait le croire à première vue.

Il est tentant d'établir ici un parallèle entre détachabilité et divisibilité (qui conditionne l'annulation partielle d'un acte administratif (voir *supra*, Titre I, Sous-titre I)) : dans un cas comme dans l'autre, la qualification opérée par le juge est censée être fonction du caractère accessoire de la mesure contestée.

¹⁰⁷⁹ C'est pourquoi, comme nous allons le voir, l'annulation en matière contractuelle d'un acte détachable de la formation du contrat n'entraînera pas, en elle-même, une nullité partielle de celui-ci (car ce serait pénétrer au cœur de l'opération soumise en principe au contrôle du juge de plein contentieux) mais simplement de l'opération contractuelle prise au sens large : "La détachabilité est externe à l'acte. Il ne s'agit pas d'une nullité partielle du contrat, mais d'une nullité partielle de son processus d'élaboration" (D. Pouyaud, *op. cit.*, p.289).

¹⁰⁸⁰ C.E., 9/11/1934, Chambre de commerce de Tamatave et 7/02/1936, Département de la Creuse, *Dalloz périodique* 1937.3., p.27, note Blaevoet.

Le Conseil d'État faisait ainsi sienne la systématisation opérée par Hauriou dans sa note sous C.E., 8/04/1911, Commune de Ousse-Suzan, *Sirey* 1913.3., p.49 : "Quand un maire conclut un contrat de droit civil, tout se passe comme s'il prenait au préalable un arrêté par lequel il déclarerait publiquement qu'il va passer le contrat dans telles ou telles conditions. Cette décision administrative implicite précède le contrat et est séparable du contrat".

¹⁰⁸¹ A. Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t.II, n°1826, note 36 : ces auteurs estiment que cela revient à considérer le contrat non comme un acte bilatéral, mais comme "la juxtaposition de deux actes unilatéraux, le recours étant dirigé contre l'un de ces actes unilatéraux, celui qui émane de l'Administration".

¹⁰⁸² Voir en ce sens G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p.582.

¹⁰⁸³ D. Pouyaud, *op. cit.*, p.304.

¹⁰⁸⁴ Cf. notamment D. de Bechillon, "Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle : une présentation graphique", *Les petites affiches*, 14/05/1990, p.10.

¹⁰⁸⁵ M. Fornacciari, "Contribution à la résolution de quelques "paradoxes"", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, n°39, p.93.

¹⁰⁸⁶ Selon l'expression choisie par Ph. Terneyre pour titre de son étude, *art. cit.*, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, n°39, p.69

II - Le procédé de la détachabilité canalise les incidences du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle

Pour être réellement significatif, le fait de détacher un acte d'une opération pour le soumettre à un recours pour excès de pouvoir doit produire des effets tangibles au profit de celui qui sollicite l'annulation. A ce propos, le contentieux contractuel marque sa spécificité par rapport aux autres domaines qui connaissent application de ce procédé, dans la mesure où l'annulation de la décision détachée n'y constitue pas, la plupart du temps, une fin en soi. On s'étonnera donc de ce que le juge ne tire pas, dans ce domaine, toutes les conséquences qui sembleraient logiquement résulter de la décision qu'il prononce, à savoir faire pâtir la convention indirectement visée de l'annulation de l'acte qu'il a accepté d'en détacher.

A. Le contrat est pratiquement toujours indirectement visé par le requérant

Du moment que le recours pour excès de pouvoir est admis contre un acte détachable, est-il besoin de préciser que l'effet minimum d'un succès de l'action sera l'annihilation de ce dernier ? Cependant, cette issue s'avère souvent dans le domaine contractuel réellement insuffisante pour assurer l'effectivité de la sanction de l'illégalité constatée.

1 - L'annulation de l'acte détachable ne constitue une fin en soi que dans de rares hypothèses

Il est relativement exceptionnel que le requérant qui sollicite la censure de l'acte détachable d'un contrat ne poursuive aucun autre objectif. Le contentieux de la détachabilité en matière contractuelle se démarque nettement sur ce point des contentieux électoral et fiscal, dans lesquels le justiciable ne recherche souvent que la sanction de l'illégalité de l'acte qu'il lui est permis d'attaquer directement, à l'exclusion de toute autre vue¹⁰⁸⁷. Il arrive parfois, cependant, que l'annulation de l'acte détachable du contrat constitue l'entière motivation du requérant : cela se vérifie en particulier lorsqu'est poursuivie l'annulation de certaines mesures inhérentes à l'exécution du contrat - notamment prises en vertu de "clauses réglementaires"¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ - Dans le domaine électoral en effet, le recours pour excès de pouvoir contre un acte n'est admis que si ce dernier "survit" à l'élection (Cf. R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°604) : son caractère permanent - dû en règle générale à sa nature réglementaire - le destine à servir de base à de nombreuses opérations de vote. Il en résulte que sa contestation ne peut viser une opération électorale déterminée : le but du requérant n'est donc pas ici de remettre en cause un scrutin particulier, mais bien de mettre à néant l'acte qu'il attaque afin qu'il ne puisse plus servir de base à une quelconque élection future.

- De la même manière, en matière fiscale, le recours contre un acte réglementaire -détachable par principe- ne visera pas à sanctionner l'établissement ou le recouvrement d'une imposition individualisée, mais tendra, au travers de la disparition du règlement, à empêcher désormais son application (voir par exemple, pour un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret fixant le tarif d'un impôt : C.E., Ass., 16/03/1956, Garrigou, p.121 ; *Dalloz* 1956, p.253, conclusions P. Laurent). Elle évitera ainsi à l'intéressé "d'avoir à engager une procédure nouvelle chaque fois qu'il leur serait fait application de cet acte" (J.-F. Verny, "Actes détachables de la procédure d'imposition et recours pour excès de pouvoir", *Revue de jurisprudence fiscale* 1979, n°1, p.4).

¹⁰⁸⁸ Par exemple, un praticien qui attaque la décision le mettant hors convention nationale n'a d'autre objectif que l'annulation de cette mesure.

Cf. C.E., 18/02/1977, Hervouët, p.100, conclusions P. Dondoux ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1977, p.255, chronique M. Nauwelaers et L. Fabius.

2 - L'annulation de l'acte détachable est le plus souvent considérée comme une première étape

Au-delà de la censure juridictionnelle de l'acte détachable d'une convention, le requérant espère en règle générale un certain contrôle de cette dernière. La décision soumise au recours pour excès de pouvoir n'est en effet qu'artificiellement dissociée de l'opération principale ; elle s'y rapporte en réalité si étroitement que sa chute doit - ou devrait - logiquement se répercuter sur celle-ci¹⁰⁸⁹. Le problème se pose avec une particulière acuité s'agissant d'actes détachés de la formation du contrat : lorsque un requérant agit contre l'un d'eux, c'est généralement afin d'essayer d'influer sur la validité du contrat lui-même. Ainsi, la personne qui conteste la décision de passation du contrat souhaite à l'évidence la chute de ce dernier. L'idée classiquement évoquée selon laquelle "les réclameurs, ayant obtenu une satisfaction morale par l'annulation (...) ne pousseront pas plus loin"¹⁰⁹⁰ semble aujourd'hui par trop illusoire : le recours pour excès de pouvoir exercé "pour la beauté du geste" ne correspond guère à la réalité contentieuse. La question n'est pas circonscrite aux seuls actes participant à la formation du contrat, mais intéresse également certains de ceux que le juge accepte de détacher de la fin du contrat : un tiers qui attaque un refus ou une décision de résiliation entend bien voir selon le cas succomber ou perdurer la convention en cause¹⁰⁹¹. L'annulation de l'acte détachable devrait donc avoir ici des répercussions sur l'opération à laquelle il participe¹⁰⁹², sauf à anéantir toute utilité de l'admission, somme toute assez large, du recours pour excès de pouvoir en la matière. Mais nous allons nous apercevoir que la spécificité du contentieux des contrats s'oppose à l'aboutissement de cette logique.

B. L'absence d'incidence automatique de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat

La question des incidences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat conditionne une grande part de la valeur pratique de la théorie de la détachabilité dans ce domaine. Tout le problème consiste à déterminer si une telle censure aura une influence sur la validité du contrat concerné, du moins lorsque la décision du juge pour excès de pouvoir aura laissé apparaître l'illégalité de cette convention. Deux conceptions peuvent ici s'opposer :

- soit on considère que le fait de détacher un acte rompt totalement la chaîne qui existait entre celui-ci et le contrat. Si l'on adopte une telle optique, on trouve normal que l'annulation du

¹⁰⁸⁹ Il faut préciser que ce type de situation n'est pas l'apanage exclusif du contentieux contractuel, mais qu'elle se retrouve également en matière fiscale où certains litiges peuvent concerner, par le biais de la détachabilité, une opération déterminée : cette possibilité est notamment ouverte aux tiers -pour qui est barrée la voie du plein contentieux- et plus exceptionnellement au destinataire direct de l'impôt (c'est essentiellement le cas en matière de demandes d'agrément dont l'octroi a des conséquences fiscales (exonérations ou réductions d'impôt) ; le refus opposé à la demande pourra être attaqué par la personne qui se l'est vu opposer (C.E., S., 10/03/1967, Soc. Samat et Cie, p.112)). L'annulation accordée par le juge de l'excès de pouvoir provoquera alors, conformément à la théorie classique des effets dévolus à celle-ci, la révision de l'opération considérée, sans que rien ne vienne s'y opposer. Ainsi, dans le cadre des agréments à incidence fiscale, l'annulation du retrait de l'un d'eux fera à nouveau profiter le contribuable qui en bénéficiait des avantages attendants pour l'imposition considérée. Certes, "l'arrêt statuant sur excès de pouvoir ne prononce pas la décharge de l'imposition. Cependant cette dernière se trouve, par l'effet de l'annulation de l'un des actes sur lesquels elle repose, privée de base légale et l'administration doit en prononcer le dégrèvement d'office" (J.-F. Verny, *art. cit.* p.5. Celui-ci précise en outre qu'en cas de refus de l'administration fiscale, le contribuable pourrait se retourner devant le juge de l'impôt pour obtenir gain de cause).

¹⁰⁹⁰ M. Hauriou, *Sirey* 1906, note précitée.

¹⁰⁹¹ Pour un cas de recours contre la décision de résiliation d'une concession, voir C.E., Ass., 2/02/1987, Société T.V.6, p.29 ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.29, conclusions M. Fornacciari.

¹⁰⁹² Comme c'est le cas, nous l'avons vu ci-dessus, en matière fiscale.

premier ne produise aucun effet sur le second, qui lui est devenu - fictivement certes, mais juridiquement - indépendant, sinon étranger.

- soit on estime qu'il ne se produit pas de réelle rupture juridique entre la mesure détachée et la convention, et que l'on a affaire à un simple artifice de procédure permettant la pénétration du contentieux contractuel par le juge des contrats. Dans ce cas, l'annulation prononcée devrait, lorsqu'elle le suppose (c'est-à-dire quand l'illégalité de l'acte détachable prouve ou induit celle du contrat), avoir un retentissement sur la convention en cause.

Même si le droit positif a manifestement privilégié la seconde de ces hypothèses, du fait notamment d'arrêts rendus dans une période récente, on ne peut pas considérer qu'il l'ait, à proprement parler, consacrée : manque fondamentalement l'automatisme de la transmission de l'illégalité de l'acte détachable au contrat auquel se rapporte.

1 - Acte détachable et contrat continuant de faire partie de la même chaîne d'actes

Il serait faux de considérer que l'isolement d'un acte ayant participé à une opération contractuelle en vue de le soumettre au contrôle de l'excès de pouvoir brise les liens qu'il entretient avec cette dernière. Bien évidemment, lorsqu'une annulation est prononcée, celle-ci n'aboutit pas *ipso facto* à la censure du contrat en cause ; sans cela, le principe d'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat lui-même perdrait tout sens¹⁰⁹³. On ne peut cependant ignorer que la censure de l'acte détaché est à même de produire certains effets - plus indirects - sur la convention en cause :

a) Depuis longtemps, en premier lieu, la doctrine considère que l'annulation d'un acte qui prépare l'opération contractuelle, lorsqu'elle est prononcée à temps, est de nature à interdire la conclusion effective de la convention¹⁰⁹⁴. Cette incidence n'a toutefois jamais lieu de s'appliquer en pratique, du fait de la lenteur de la juridiction administrative : "Il faudrait que, connaissant l'existence d'une procédure juridictionnelle engagée, les parties subordonnent leur signature à l'issue de la procédure. L'annulation de l'acte détachable antérieurement à la passation du contrat n'est donc qu'une hypothèse marginale, et le plus souvent - pour ne pas dire toujours - le contrat est déjà conclu au moment de l'annulation"¹⁰⁹⁵. Il n'en reste pas moins que la prise en compte, même purement théorique, de l'effet absolu de l'annulation s'opposant à la formation du contrat dont l'acte qu'elle frappe conditionnait la légalité témoigne d'une conscience aiguë de l'absence de rupture entre convention et acte détachable.

¹⁰⁹³ Cf. Ph. Terneyre, *art. cit.*, p.75 : "Pour que le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat ait un sens, il faut nécessairement admettre que l'annulation totale ou partielle de l'acte détachable ne produit d'effets rétroactifs qu'à l'égard de cet acte et en aucun cas à l'égard du contrat dans son entier ou même de la ou des stipulations contractuelles déclarées illégales (pour annuler l'acte détachable)".

C'est ce qui fait d'ailleurs classer, dans la typologie adoptée par Mme Pouyaud, l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir comme "nullité partielle de l'opération contractuelle" et non du contrat lui-même, que seul le juge du contrat peut constater.

¹⁰⁹⁴ Voir en ce sens G. Debeyre, "Le recours pour excès de pouvoir et le contrat", *Revue du droit public* 1938, p. 215 (et plus spécialement p.233 s) ; voir également G. Péquignot, *op. cit.* p.212 ; et P. Weil, *op. cit.* p.203.

¹⁰⁹⁵ D. Pouyaud, *op. cit.* p.322.

On peut penser toutefois que le nouvel article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, qui offre désormais une procédure d'urgence apte à permettre au juge de se prononcer rapidement, permettra peut-être à celui-ci de dénoncer l'illégalité de certains contrats avant leur conclusion (voir en ce sens chronique L. Touvet et J.-H. Stahl précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.871).

b) Cette conscience va trouver sa consécration dans l'idée que, lorsque le juge du contrat est saisi à la suite de l'annulation d'une mesure détachable par le juge de l'excès de pouvoir, il est tenu d'en tirer toutes les conséquences. Cette solution a été, en 1952¹⁰⁹⁶, expliquée en ces termes par M. Weil¹⁰⁹⁷: "Le juge du contrat une fois saisi ne pourra que se conformer à l'arrêt du Conseil d'État : il ne pourra valider un contrat que la Haute juridiction, juge naturel des actes administratifs, aura considéré comme privé d'une autorisation ou d'une approbation irrégulière. (...) Et peu importe d'ailleurs que cette annulation ait été obtenue par l'une des parties ou par un tiers : l'arrêt a effet *erga omnes*, et la personnalité du requérant ne saurait modifier l'autorité de l'arrêt à l'égard du juge du contrat". Bien que parfaitement conforme à la logique de l'annulation, cette analyse n'a été confirmée que très récemment par la jurisprudence : c'est en effet un arrêt du 1er octobre 1993¹⁰⁹⁸ qui a levé les derniers doutes qui subsistaient en la matière. Étaient à définir les conséquences de l'annulation d'un arrêté portant concession de construction et d'exploitation d'un port de plaisance sur le contrat de concession. L'État ayant, en conséquence de cette décision juridictionnelle, suspendu l'exécution de ce dernier, la société cocontractante avait demandé réparation du préjudice que cette interruption lui occasionnait au juge du contrat ; elle devait se voir déboutée au motif que la nullité de la convention avait délivré l'État des obligations qui naissent de cette dernière. La société contestait ce raisonnement "en faisant valoir que l'annulation de l'acte détachable prononcée par le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait avoir par elle-même aucun effet sur la validité du contrat", et "qu'en l'absence de déclaration de nullité du contrat prononcée à la demande de l'un des contractants par le juge du contrat, celui-ci demeurait la loi des parties"¹⁰⁹⁹. Le Conseil d'État, suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, va lui rétorquer qu'"eu égard au motif ayant justifié l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté (...), il appartenait au juge du contrat, saisi par l'un des concessionnaires d'une demande tendant à la mise en jeu de la responsabilité de l'État du fait de l'inexécution des stipulations du contrat conclu en vertu de cet arrêté, de constater que ledit contrat était nul et n'avait pu, par suite, faire naître aucune obligation contractuelle à la charge de l'État".

Il convient de remarquer que toutes les conséquences qui s'attachent, dans quelque matière que ce soit, à l'effet absolu d'une annulation prononcée se retrouvent ici : le juge du contrat, qu'il soit administratif ou judiciaire¹¹⁰⁰, devra soulever d'office l'exception de chose jugée par un précédent jugement d'annulation¹¹⁰¹, et censurer sur cette base les dispositions du contrat qui s'en trouvent affectées. On peut dire en cela que "le juge de plein contentieux se

¹⁰⁹⁶ De la même manière, le juge du contrat saisi d'une convention pourrait solliciter le contrôle d'un des actes ayant concouru au contrat : C.E., 8/04/1911, Commune de Ousse-Suzan, précité (arrêt dans lequel le Conseil d'État avait à statuer, sur renvoi d'un tribunal civil, sur la question du respect par le maire du mandat qui lui avait été confié par son conseil municipal pour conclure un bail).

¹⁰⁹⁷ *Op. cit.* p.204.

¹⁰⁹⁸ C.E., 1er/10/1993, Sté Le Yacht-Club international de Bormes-les Mimosas, p.971 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.810, conclusions M. Pochard ; *Revue française de droit administratif* 1994, p.248, note B. Pacteau.

¹⁰⁹⁹ Conclusions M. Pochard, *ibid.*, p.810

¹¹⁰⁰ Les incidences de l'annulation de l'acte détachable par le juge de l'excès de pouvoir semblent en effet constantes, indifféremment de l'ordre de juridiction compétent pour connaître du contrat lui-même. Sur ce problème, voir notamment chronique précitée de L. Touvet et J.-H. Stahl, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.872.

¹¹⁰¹ C'était le cas en l'espèce dans la mesure où l'exception de nullité du contrat n'avait pas été soulevée par l'État devant le juge administratif.

M. Pochard (conclusions précitées, p.813) rattache cette solution non seulement au fait que "le moyen tiré de la nullité d'un contrat constitue de manière générale un moyen d'ordre public", mais aussi - et surtout ?- à "l'exception tirée de la contrariété à l'autorité absolue de chose jugée".

limite à un simple rôle d'enregistrement"¹¹⁰², du moins lorsque l'annulation de l'acte détachable a été motivée par la constatation de l'illégalité de tout ou partie du contrat¹¹⁰³; il conservera en revanche une certaine parcelle de liberté pour apprécier l'incidence que peut produire la censure d'une mesure détachable pour illégalité propre, sur le contrat à la naissance duquel elle a participé¹¹⁰⁴. C'est ce qui explique la formule "eu égard au motif ayant justifié l'annulation" employée par l'arrêt *Société le Yacht-Club international de Bormes-les Mimosas* pour dénier au juge du contrat tout pouvoir d'appréciation : en l'espèce l'annulation de l'arrêté portant concession n'était pas fondée sur un vice propre à cet acte mais bel et bien sur les stipulations du contrat en cause -incompatibles avec le programme d'aménagement alors en vigueur dans le secteur.

L'annulation d'un acte détachable peut donc parfaitement produire ses effets normaux sur le contrat, malgré la dualité de nature des juges compétents. Il n'existe aucune rupture de principe de la chaîne qui les relie du simple fait de l'isolement procédural du premier¹¹⁰⁵. Pourtant, on va découvrir que, si la possibilité de tirer les pleines conséquences de l'annulation rapproche le contentieux des mesures détachables du contrat de la vision traditionnelle des effets de l'annulation, l'absence d'automaticité de ceux-ci l'en différencie nettement.

2 - Le contrat demeure pourtant relativement préservé des incidences de l'annulation de l'acte détachable

Nous venons de constater que l'effet absolu de l'annulation ne connaît pas d'altération relativement au juge du contrat, qui sera tenu de la prendre en considération afin de régler le litige qui lui est soumis. Il n'en va pas de même à l'égard des personnes directement intéressées par cette annulation, et notamment de l'administration : en règle générale en effet, on sait que cette dernière est tenue de tirer toutes les conséquences des décisions rendues par le juge de l'excès de pouvoir à son encontre. Cette règle va connaître quelque assouplissement en matière contractuelle, dans la mesure où l'on ménage au profit de la personne publique concernée une liberté assez importante -quoique récemment placée sous contrôle juridictionnel- à la suite de la censure d'un acte détachable. Et cette tolérance aboutit à accepter que, dans plusieurs hypothèses, l'annulation juridictionnelle ne produise qu'un effet virtuel. Deux situations sont à distinguer clairement :

a) Effets automatiques de l'annulation obtenue par l'une des parties

C'est la situation la moins problématique, dans la mesure où, en pratique, elle conduit systématiquement à rendre totalement effective l'annulation de l'acte détachable. Cette dernière ayant été en effet sollicitée par l'un des contractants à l'encontre, en règle générale, d'une

¹¹⁰² D. Pouyaud, *op. cit.* p.320 ; et pour un état détaillé des positions doctrinales -parfois divergentes (Cf. notamment J. Lefoulon, "Contribution à l'étude de la distinction des contentieux", *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.396) sur ce problème, *ibid.*, p.323, note 4.

¹¹⁰³ Conclusions M. Pochard précitées, p.812 : "il est clair que, si l'acte détachable a été annulé en raison de l'illégalité des stipulations du contrat elles-mêmes, cette annulation devra nécessairement entraîner la nullité du contrat".

¹¹⁰⁴ Voir en ce sens Ph. Terneyre, *art. cit.* p.76.

Il devra apprécier le "degré de relation entre l'acte et le contrat" (*Traité des contrats administratifs*, précité, p. 1053 ; et conclusions Pochard précitées, p. 812). L'influence de l'annulation sera ainsi en général reconnue si l'acte détachable en cause est l'acte de passation du contrat ; elle le sera moins nettement lorsque la censure touche, par exemple, un acte d'approbation par l'autorité de tutelle.

¹¹⁰⁵ C'est ce qui fait que le contentieux des actes détachables du contrat s'insère naturellement dans le contentieux contractuel. Voir sur ce point D. de Bechillon, *art. cit.*, n°2.

décision ayant concouru à la formation de la convention, produira inmanquablement, d'une façon ou d'une autre, tous ses effets. De deux choses l'une :

- soit la partie qui a obtenu l'annulation et qui souhaite en conséquence modifier le contrat en cause ou en conclure un nouveau rencontre l'accord de son cocontractant, et la censure de l'acte détachable aura, de par l'aménagement ou la renégociation amiables pratiqués, eu toute l'incidence souhaitable sur la convention à laquelle elle avait participé.
- soit aucun accord avec le cocontractant ne peut être trouvé, auquel cas le bénéficiaire de l'annulation pourra se tourner vers le juge du contrat, qui sera tenu d'en tirer toutes les conséquences (à savoir, le plus souvent, de prononcer la nullité totale ou partielle de la convention concernée¹¹⁰⁶).

Dès lors, on peut affirmer que dans ce cas de figure, "l'arrêt d'annulation (...) reçoit plein effet, car, ou les parties en déduisent elles-mêmes les conséquences, ou le juge qu'elles saisissent est tenu de constater la nullité"¹¹⁰⁷. Il n'en va systématiquement pas de même dans l'hypothèse qui suit.

b) Effets aléatoires de l'annulation obtenue par un tiers

L'entier problème réside dans le fait que seules les parties contractantes ont accès au juge du contrat. Par là même, en cas d'annulation d'un acte détachable obtenue par un tiers, il semblait *a priori* que seul leur bon vouloir pût permettre à cette décision juridictionnelle de produire ses pleins effets, soit par renégociation amiable tenant compte de la censure intervenue, soit par saisine du juge de plein contentieux¹¹⁰⁸. "Or, soulignait M. Pacteau¹¹⁰⁹, ce n'est pas forcément dans leurs intentions ni dans leur intérêt d'agir et de recourir ainsi". Il apparaît en effet évident que, dans la plupart des cas, les contractants préféreront ignorer cette annulation dont ils ne sont pas à l'origine, et privilégieront le statu quo, à savoir la continuation du contrat qu'ils ont désiré, et dans les termes qu'ils ont initialement choisis¹¹¹⁰. Cette omnipotence de la volonté des contractants a de quoi gêner le juriste soucieux du respect de la légalité et des décisions d'annulation qui la garantissent : laisser à l'entière discrétion des parties le soin de donner plein effet à la censure d'un acte détachable du contrat revient à permettre à celles-ci de violer impunément les règles qui s'imposaient à la convention qu'elles entendaient signer. Aussi s'est-on depuis longtemps interrogé sur l'opportunité d'imposer, au moins à la charge de l'administration, l'obligation de tirer les conséquences de la décision rendue par le juge de l'excès de pouvoir.

¹¹⁰⁶ On peut souligner que le juge du contrat est très rarement saisi par une partie d'une action directe en nullité ; mais il en existe des exemples ponctuels. Pour un arrêt récent, voir C.E. 4/05/1990, Cie industrielle maritime, p.113.

¹¹⁰⁷ D. Pouyaud, *op. cit.* p.323.

¹¹⁰⁸ Etant entendu, comme on l'a déjà précisé, que le contrat est le plus souvent déjà conclu lorsqu'intervient la décision du juge de l'excès de pouvoir.

¹¹⁰⁹ *Art. cit.* p.119.

¹¹¹⁰ Mme Pouyaud (*op. cit.* pp.326 s.) montre qu'il en va notamment ainsi lorsqu'est annulée une mesure d'adjudication (par hypothèse sur recours d'un tiers évincé) : le cocontractant illégalement choisi ne désirera pas mettre un terme au marché qu'il a remporté, pas plus que l'administration "qui se verrait imposer de recommencer l'ensemble des procédures déjà effectuées".

En revanche, pour certaines conventions de nature particulière qui s'inscrivent dans le cadre d'une procédure complète où toutes les phases revêtent une certaine importance, l'annulation de l'acte détachable peut produire un certain impact sur les parties, de nature à les conduire à certaines renégociations : voir en ce sens B. Lamorlette, "L'acte détachable d'une convention de Z.A.C.", *Revue de droit immobilier* 1993, p.453.

* La perception traditionnelle : hésitation entre liberté et contrainte de l'administration

La doctrine s'est longtemps partagée entre la reconnaissance d'une simple portée "platonique"¹¹¹¹ à l'annulation de l'acte détachable du contrat et le désir de pousser l'administration à en tirer les conséquences.

- Dès le départ, ceux qui avaient prôné la détachabilité pour permettre l'ouverture d'une partie du contentieux contractuel au juge de l'excès de pouvoir reconnaissaient que l'annulation ne - pourrait - avoir par elle-même aucun effet direct sur le contrat¹¹¹² : cela garantissait le maintien du juge de l'annulation dans une certaine position de retrait par rapport au juge du contrat, et la sauvegarde du rôle tenu par ce dernier¹¹¹³. La rigidité ainsi maintenue du contentieux contractuel a sans doute rassuré le juge et permis l'admission de plus en plus large du procédé qui permet aujourd'hui d'en isoler et d'en censurer de nombreuses phases.

- Pourtant, très tôt, cette ineffectivité de l'annulation va essuyer de nombreuses contestations. C'est en premier lieu Alibert qui fait état d'une "obligation morale" des parties à "modifier leurs stipulations et à se mettre d'accord avec la loi"¹¹¹⁴. Au fil des ans, cette vision première va même se transformer, dans l'esprit de certains, en véritable contrainte juridique. Si nous suivons l'avis de M. Weil, "il semble que les parties aient l'obligation de procéder à cette révision (...) : il n'y a là qu'une simple application de l'effet *erga omnes* de l'annulation pour excès de pouvoir"¹¹¹⁵. Pour D. Pouyaud, cette contrainte ne pèserait que sur l'administration contractante qui, "si elle ne tire aucune conséquence de l'annulation de l'acte détachable (...), est responsable de l'inexécution d'une décision de justice, ce qui permet au tiers requérant contre l'acte détachable de déposer un recours en responsabilité extracontractuelle du fait de l'inexécution de la chose jugée, ou même de demander au juge de prononcer une astreinte."¹¹¹⁶

C'est cette dernière analyse que le Conseil d'État a semblé consacrer dans sa jurisprudence la plus récente. Mais il ne faut pas s'emporter : les conditions de mise en œuvre de l'obligation de l'administration sont telles que l'on peut, sans audace excessive, considérer que la liberté de cette dernière subsiste encore dans une large mesure.

* La solution consacrée par le droit positif : une liberté de l'administration partiellement surveillée

Les règles régissant la question qui nous préoccupe ont été dégagées très récemment, et de façon empirique, par le Conseil d'État. Elles ne semblent pas, à première vue, entièrement en phase les unes avec les autres, mais leur conciliation se révèle, au prix d'une légère interprétation de leur portée, parfaitement réalisable.

+ Des règles apparemment désaccordées

¹¹¹¹ Selon l'expression employée par Romieu, *Revue du droit public* 1906, conclusions précitées.

¹¹¹² *Ibid.*

¹¹¹³ Voir D. de Bechillon, *Les petites affiches* 1990, *art. cit.*, n°12 : "L'absence d'effets directs du recours pour excès de pouvoir apparaît comme la conséquence logique de la distinction des recours contentieux".

¹¹¹⁴ *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot 1926, p.164.

¹¹¹⁵ *Op. cit.* p.204. Mais une autre frange de la doctrine, dans la lignée d'Alibert, soulignait le caractère "hypothétique" que revêtait la mise en œuvre d'une telle obligation d'exécution : voir notamment J.-M. Auby, note sous C.E., 24/04/1985, Département de l'Eure c/ Pinauld, *Revue du droit public* 1985, p.1687.

¹¹¹⁶ *Op. cit.* p.327 ; dans le même sens, voir B. Pacteau, *art. cit.* p.120.

- C'est par un avis rendu en 1989, dans le cadre de la procédure d'éclaircissement des conséquences d'une décision de justice ouverte par le décret du 30 juillet 1963, que la Section du rapport et des études, sous la plume de M. Braibant qui la présidait alors, a, dans un premier temps, clairement arrêté la position du Conseil d'État sur le problème étudié¹¹¹⁷. A la suite de l'annulation par un tribunal administratif de la décision par laquelle le Ministère de la Mer avait passé avec une société privée un marché de fournitures, le ministre concerné s'était enquis des obligations que cette décision juridictionnelle faisait peser sur l'administration contractante. La réponse qui lui est apportée par la Section du rapport et des études mérite, de par son caractère de solution de principe, qu'on la cite assez largement : elle rappelle en premier lieu le principe énoncé par Romieu selon lequel "*l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir, à la demande d'un tiers, d'un acte détachable du contrat n'a par elle-même aucun effet direct sur le contrat ; celui-ci demeure la loi des parties, et son exécution dans l'intérêt du service public peut en principe être poursuivie, sous réserve des droits à indemnité du requérant*" ; cette affirmation est cependant aussitôt tempérée par l'idée que "le principe de légalité qui inspire l'action de l'administration peut conduire celle-ci, à la suite de l'annulation d'un acte détachable du contrat, et selon les circonstances propres à chaque espèce, à saisir le juge du contrat pour lui demander d'en prononcer la nullité, ou à le résilier elle-même" ; la Section du rapport et des études conclut et résume sa position par la formule suivante : "*la seule obligation qui incombe en pareil cas à l'administration est de décider, sous le contrôle du juge, de la suite à donner à l'exécution en cause (...)*".

Il semble résulter en définitive de la simple lecture de l'avis de 1989, que l'annulation de l'acte détachable prononcée sur demande d'un tiers ne produit de retentissement "ni automatique, ni systématique"¹¹¹⁸ sur le contrat en cause¹¹¹⁹. Toute possibilité de prolongement ultérieur de cette annulation (sous forme d'une renégociation, d'un recours en nullité devant le juge du contrat ou d'une résiliation) ne se trouve certes pas exclue par la Section du rapport et des études, mais cela ne constitue en aucun cas, pour elle, une obligation juridique pesant sur le contractant public, qui "peut" simplement, et "selon les circonstances propres à chaque espèce", faire produire son plein effet à la décision juridictionnelle. Bien sûr, on pourrait objecter à cette analyse qui insiste sur la latitude laissée à l'autorité administrative, que l'avis de 1989 a entendu encadrer de deux manières la liberté qu'il consacre : d'une part, il énumère les circonstances à prendre en compte pour déterminer l'opportunité à donner - ou non - suite à la censure opérée par le juge de l'excès de pouvoir¹¹²⁰, et réserve, si l'administration décide le statu quo, les

¹¹¹⁷ *Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, n°41, p.127.

A noter que cet avis entérine celui qu'avait rendu, le 16/07/1975, la Section des travaux publics selon lequel "en règle générale, l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'a pas d'effet automatique et immédiat sur le contrat lui-même" (cité par M. Pochard dans ses conclusions précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.811).

¹¹¹⁸ Pour reprendre l'expression de M. Pacteau, *art. cit.* p.117 ; et ce, même s'il semble que, dans certaines hypothèses, les parties fassent "comme si" l'annulation de l'acte détachable produisait un effet direct sur le contrat (voir sur ce point Ph. Terneyre, *art. cit.* p.75).

¹¹¹⁹ L'avis infirme en cela la solution qu'un arrêt assez ancien avait paru adopter (C.E., 1er/03/1946, Société l'énergie industrielle (L.I.C.), p.66, précité), arrêt relevé dans sa thèse par M. Weil (*op. cit.*, p.207) et analysé par celui-ci comme consacrant l'effet automatique de l'annulation d'un acte détachable sur le lien contractuel. Si cet arrêt s'avérait en effet bien troublant au regard de la vision classique de la portée d'une telle censure (bien que différentes interprétations aient pu lui être apportées : Cf. D. Pouyaud, *op. cit.*, pp.331 s.), il faut aujourd'hui estimer qu'il s'agit d'un cas d'espèce.

¹¹²⁰ "Il importe (...) que, dans une telle situation, l'administration cocontractante procède à un examen approfondi de l'ensemble des circonstances de fait et de droit concernant l'exécution du contrat dont un acte détachable a été annulé et se prononce nettement, soit en saisissant le juge compétent d'une action en nullité ou en procédant à la

"droits à indemnité du requérant" ; d'autre part, il place cette appréciation "sous le contrôle du juge". Mais rien de tout cela, replacé dans l'économie générale de l'avis, n'apparaissait en 1989 bien contraignant : la liste des circonstances à apprécier revêtait à l'évidence un caractère indicatif¹¹²¹, ce qui ménageait, au profit du contractant public, une importante marge de manœuvre. Et cette dernière rendait semblait-il irrémédiablement illusoire les mécanismes de régulation évoqués par l'avis : il serait difficile pour les tiers, outre les cas dans lesquels la censure de l'acte détachable vient directement sanctionner un comportement fautif et dommageable de la puissance publique¹¹²², de faire se solder le litige par l'octroi d'une indemnité à leur profit dans la mesure où l'inexécution de l'annulation, du fait de la latitude laissée à l'administration par l'avis, empêcherait à l'évidence toute mise en cause de la responsabilité extracontractuelle de celle-ci de ce chef. Dans le même ordre d'idée, on pouvait légitimement douter de l'effectivité du "contrôle du juge" auquel il était fait référence : en effet, puisque la saisine du juge de plein contentieux ou la résiliation du contrat irrégulier ne constituait pas une mesure incontournable de l'exécution de l'annulation de l'acte détachable, on voyait mal comment le juge pourrait sanctionner efficacement une mauvaise appréhension des circonstances par l'administration : le recours à l'astreinte semblait en particulier en pratique exclu, même si le Conseil d'État n'y avait pas opposé un refus de principe¹¹²³, dans la mesure où, comme nous pourrions le constater, celle-ci n'était prononcée jusqu'alors qu'exceptionnellement, et dans des hypothèses de violation manifeste et grossière de la chose jugée¹¹²⁴. Il était donc à craindre, faute d'une réelle obligation d'exécution pesant sur les cocontractants, que la plupart des annulations d'actes détachables obtenus par les tiers au contrat ne s'avèrent inefficaces¹¹²⁵. La rareté des saisines du juge du contrat à la suite de telles censures¹¹²⁶ contribuait à attiser cette inquiétude.

- La Section du contentieux, alertée de ce risque d'inutilité des annulations d'actes détachables obtenues par les tiers, a, par un arrêt *Epoux Lopez* rendu le 7 octobre 1994, ruiné les

résiliation, soit en décidant de le mener à son terme, compte tenu notamment de l'intérêt que cette exécution présente pour le service public, du degré d'exécution des prestations prévues au contrat, de l'urgence ou des conséquences financières d'une éventuelle interruption de ce contrat".

¹¹²¹ Ce caractère se déduit de l'emploi de l'adverbe "notamment".

¹¹²² On pense notamment à l'hypothèse dans laquelle le requérant a été illégalement évincé du marché ; Cf. par exemple C.E., S., 13/05/1970, *Sieur Monti c/ Commune de Ranspach*, p.322 ; et C.E. 10/01/1986, *Société des travaux du midi*, p.712 ; *Le Quotidien juridique*, 12/06/1986, p.16, note F. Moderne.

L'avis de 1989 réserve d'ailleurs ces "droits à indemnités du requérant" dans la marge de manœuvre qu'il ménage au profit de l'administration.

¹¹²³ C.E., 27/07/1990, *Samper*, p.933 : le Conseil met ici en avant, pour refuser le prononcé de l'astreinte, que l'administration, qui a saisi le juge du contrat en vue d'obtenir l'annulation d'une vente après que les actes qui l'autorisaient eurent été annulés par le juge administratif, "doit être regardée comme ayant pris les mesures propres à l'exécution du jugement".

¹¹²⁴ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

¹¹²⁵ - Précisons à ce stade que les annulations auxquelles il est fait ici référence ne concernent pas uniquement les décisions isolées de la phase d'élaboration du contrat (Mme Pouyaud, par exemple, ne pose la question des incidences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat que par rapport à ce type de décisions (op. cit. p.321)), mais intéressent également les actes ayant trait à la fin de celui-ci. Relativement à ces derniers, on peut en effet se demander avec M. Terneyre (*art. cit.* p.89) quelles seront, sur la convention concernée, les retombées de la censure d'un refus ou d'une décision de résiliation, l'administration ayant déjà, pour agir comme elle l'a fait, forcément pris parti sur l'intérêt à maintenir le contrat en vigueur. Voir notamment sur ce problème les conclusions M. Combarnous (*Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p.308 ; et p.293, chron. MM. Fourré et Puyssabet) sur C.E., 24/04/1964, S.A. de Livraisons industrielles et commerciales (arrêt précité).

- Pour ce qui est de la censure d'actes détachables de l'exécution du contrat, on doit en revanche considérer que cette censure "réalise la satisfaction même recherchée par le requérant" (B. Pacteau, *art. cit.* p.117), sachant cependant qu'"ils pourront toujours être repris sous réserve que les conditions de forme et de fond soient cette fois respectées" (Ph. Terneyre, *art. cit.*, p.89).

¹¹²⁶ Cf. D. Pouyaud, *op. cit.*, p.328.

pressentiments négatifs qui avaient pu naître à la lecture de l'avis de 1989, en plaçant le pouvoir d'appréciation consenti à l'administration sous le contrôle du juge de l'astreinte¹¹²⁷. Les requérants, locataires depuis seize ans d'un immeuble appartenant au domaine privé de la commune de Moulins, avaient fait connaître leur intention de s'en porter acquéreurs lorsqu'ils furent informés du projet de sa vente. Mais une délibération du conseil municipal autorisa la cession de l'immeuble à un employé municipal, ce dernier étant présenté par le maire comme seul acquéreur déclaré. Les époux Lopez n'eurent dès lors guère de difficultés à obtenir la censure de cette délibération pour détournement de pouvoir par jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 29 octobre 1987. Le problème résultait de ce qu'entre-temps le maire, habilité par la délibération litigieuse, avait conclu un contrat de vente avec la mère de l'employé municipal en question. Au terme d'une série de démarches contentieuses infructueuses tendant à l'anéantissement de ce contrat¹¹²⁸, les époux Lopez se sont résolus à saisir le Conseil d'État d'une demande d'astreinte aux fins d'exécution du jugement du 29 octobre 1987. *A priori*, cette requête semblait vouée à l'échec, du fait, nous l'avons dit, de l'absence d'une réelle obligation, pour l'administration, de tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable obtenue par un tiers, absence qui pouvait se déduire du libellé de l'avis de 1989. Pourtant, exhorté à ce faire par son commissaire du gouvernement, la Section du contentieux va faire droit aux prétentions des époux Lopez, anéantissant par là même le pronostic d'inconsistance du "contrôle du juge" auquel la Section du rapport et des études avait fait référence : estimant qu'il appartenait au conseil municipal, "faute d'y être parvenu par d'autres voies, de saisir le juge du contrat en vue d'obtenir le retour dans le domaine privé de la commune de la propriété aliénée sans autorisation légale (...), afin de statuer à nouveau sur le principe et les conditions d'une cession éventuelle de ladite propriété", et constatant que la commune n'a pas œuvré en ce sens, la Haute juridiction va prononcer à l'encontre de cette dernière une astreinte de 5000 francs par jour jusqu'à la prise des mesures prévues. Par cette décision, elle signifie donc à l'administration qu'il existe à sa charge, dans certains cas au moins, une obligation juridiquement sanctionnée de donner plein effet à l'annulation, sur requête d'un tiers, d'un acte détachable d'une convention à laquelle elle est partie. Le juge de l'astreinte se voit confier le soin, au cas par cas, de déterminer la teneur des mesures à prendre.

En raison de sa date plus récente, on pourrait être tenté de penser que l'arrêt Lopez a effacé la règle posée par l'avis de 1989 qui laissait à l'administration toute latitude pour déterminer elle-même les conséquences à tirer des annulations qui nous préoccupent, et lui a substitué une contrainte plus stricte, supervisée par le juge de l'astreinte. En y regardant de plus près, on s'aperçoit cependant qu'on ne se trouve pas ici dans une logique de mutation de l'état du droit, mais au contraire d'affinement de celui-ci.

+ Des règles pleinement conciliables

- L'avis de 1989 avait trait à un type de contrat nettement distinct de celui qui a donné lieu à l'affaire *Lopez* : alors que, dans cette dernière, on se trouve confronté à un contrat de droit privé

¹¹²⁷ *Revue française de droit administratif* 1994, p.1090, conclusions R. Schwartz ; et p.1098, note D. Pouyaud ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.867, chronique L. Touvet et J.-H. Stahl.

¹¹²⁸ Les requérants se sont d'abord tournés vers le tribunal administratif pour obtenir l'annulation de la vente ; mais l'aliénation d'un immeuble appartenant au domaine privé de la ville constituant un contrat de droit privé, le tribunal leur a opposé son incompetence. Ils se sont alors adressés à la juridiction judiciaire, mais Cour d'Appel de Riom a déclaré leur action irrecevable pour défaut d'intérêt. Enfin, le juge administratif leur a refusé l'autorisation de plaider au nom de la commune qu'ils sollicitaient, pour méconnaissance de l'objet de cette action tel que défini par l'article L. 316-5 du code des communes.

comportant aliénation d'un bien d'un domaine privé communal, la convention soumise à l'analyse de la Section du rapport et des études, un marché de fournitures rappelons-le, intéressait quant à elle l'exécution d'un service public. C'est sans doute dans ce caractère qu'il faut chercher la source de la large liberté consacrée alors au profit du contractant public. D'ailleurs, l'avis se réfère constamment à l'idée de continuité du service public quand il envisage la possibilité, pour l'administration, de décider la poursuite de l'exécution du contrat dont un acte a été détaché, puis annulé sur requête d'un tiers¹¹²⁹. Ici, le contrôle du juge, y compris celui de l'astreinte, se révèle inefficace : le commissaire du gouvernement R. Schwartz, concluant sur l'arrêt Lopez, l'a explicitement reconnu : "nous ne pouvons exclure l'hypothèse où le contrat doit perdurer compte tenu des nécessités du service public ou de l'intérêt général sans qu'aucune indemnisation soit nécessaire", hypothèse qu'il range au nombre de celles "où l'annulation n'entraîne aucune mesure particulière d'exécution". Pour une convention qui assure la bonne marche d'un service public, il faut donc admettre que l'administration dispose d'un pouvoir quasi discrétionnaire de détermination des conséquences à donner à la censure de l'acte détachable : le juge de l'astreinte ne pourra la contraindre à quoi que ce soit, puisque aucune mesure d'exécution prédéterminée ne lui est dictée par la règle de droit¹¹³⁰.

- Le contrôle du juge de l'astreinte prévu par l'arrêt *Epoux Lopez* ne se conçoit en conséquence que relativement aux contrats à l'égard desquels ne peut être invoqué l'impératif de continuité du service public¹¹³¹. Dans ce domaine, la décision du 7 octobre 1994 a reconnu en effet qu'existe, pesant sur l'administration, une obligation juridique de prendre les mesures qu'impose l'annulation de l'acte détachable, ce qui ouvre la porte à une éventuelle régulation juridictionnelle du comportement qu'elle adopte. N'allons pas cependant en tirer la conclusion trop rapide qui consisterait à considérer que l'arrêt *Epoux Lopez* a intégré les conséquences de ce type d'annulation dans le schéma traditionnel des incidences d'un jugement rendu en excès de pouvoir. Le juge de l'astreinte peut certes désormais contraindre l'autorité contractante à observer une certaine attitude ; mais cette dernière n'est pas prédéterminée, et c'est au cas par cas qu'il devra en préciser la teneur. Or, il convient d'insister sur la largeur de l'éventail des diverses suites susceptibles d'être données à une pareille censure, suites dont M. Schwartz a dressé la liste¹¹³² : l'annulation de l'acte détachable peut en effet conduire parfois l'administration à une simple régularisation des contrats en cause, en particulier lorsqu'ont été sanctionnés, au stade de l'élaboration de la convention, certains vices tenant à la forme choisie, à la procédure suivie ou au défaut de qualité des personnes signataires¹¹³³. Quand cette voie est

¹¹²⁹ "(...) son exécution dans l'intérêt du service public peut en principe être poursuivie, sous réserve des droits à indemnité du requérant" ;

L'autorité administrative peut décider de "le mener à son terme, compte tenu notamment de l'intérêt que cette exécution présente pour le service public (...)" (voir *supra*).

¹¹³⁰ L'administration ne saurait cependant s'abriter abusivement derrière l'excuse de nécessité de service public lorsque le contrat en cause ne concerne manifestement pas l'exécution de celui-ci. Il faut donc considérer que le juge de l'astreinte dispose du pouvoir d'estimer si la convention en cause n'est pas étrangère au service public : si c'est le cas, il ne pourra substituer son appréciation à celle de l'autorité contractante ; dans l'hypothèse contraire, le contrôle initié par l'arrêt Lopez est parfaitement concevable.

¹¹³¹ Le commissaire du gouvernement R. Schwartz prend d'ailleurs bien soin de préciser, relativement au contrat de vente conclu dans l'arrêt Lopez, qu'"il n'y a aucune nécessité de service public qui imposerait la continuation d'une telle situation" (conclusions précitées, p.1097). Cette analyse est corroborée par l'affaire Samper précitée, la première à avoir semblé admettre que le juge de l'astreinte pouvait jouer un certain rôle dans le contrôle de l'exécution d'une annulation d'acte détachable : il s'agissait ici aussi d'un contrat d'aliénation, par une commune, d'une parcelle lui appartenant, contrat sans rapport aucun avec l'exécution d'un service public.

¹¹³² Conclusions précitées, p.1096.

¹¹³³ Le juge du contrat admet en effet plus facilement que le juge de l'excès de pouvoir la régularisation a posteriori de l'acte illégal. Pour un exemple jurisprudentiel d'admission d'une telle régularisation, voir C.E.,

fermée, notamment parce que l'irrégularité qui a donné lieu à la chute de l'acte détachable s'avère trop grave pour pouvoir être régularisée¹¹³⁴, la personne publique peut se trouver contrainte à dénoncer le contrat. Mais cette dénonciation n'est pas toujours matériellement envisageable, en particulier lorsque ce dernier a été totalement exécuté. Dans un tel cas, seules deux voies pourront être empruntées : la saisine du juge du contrat, hypothèse que M. Schwartz devine devoir être la plus fréquente et qui est d'ailleurs celle que privilégie l'arrêt *Lopez*, afin qu'il tire les conséquences de l'annulation prononcée¹¹³⁵; ou bien, en dernier recours, une éventuelle indemnisation du tiers lorsque celui-ci a subi un préjudice spécifique, irréparable par un autre biais.

Devant cette palette de comportements, force est d'admettre que le juge de l'astreinte dispose d'une marge de manœuvre non négligeable : "comme le juge du contrat lui-même, il doit apprécier la portée du vice sur le contrat"¹¹³⁶, afin de déterminer, espèce par espèce, quelle mesure d'exécution s'avère la plus appropriée pour assurer la pleine effectivité de la chose jugée en excès de pouvoir. Mais par là même, et par ricochet, c'est l'administration qui se voit consentir une assez grande liberté : à elle d'estimer, dans un premier temps, quelles incidences comporte l'annulation de l'acte détachable. Et c'est seulement si l'attitude qu'elle privilégie est manifestement inadaptée à la situation en cause que le juge de l'astreinte tentera de la corriger¹¹³⁷. Ce pouvoir d'appréciation rend pour le moins aléatoires les conséquences qu'engendrera, en fin de compte, la censure d'un acte détachable sur requête d'un tiers. L'impression se renforce lorsqu'on s'aperçoit qu'il est des cas, autres que ceux qui reposaient sur les idées de nécessités de service public ou d'intérêt général, dans lesquels aucune mesure particulière d'exécution ne doit être prise¹¹³⁸, et que les différentes hypothèses évoquées par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Epoux Lopez* "peuvent se croiser, se cumuler"¹¹³⁹. Difficile dès lors de déterminer in abstracto les retombées de

5/11/1982, Sieur Schwetzzoff, p.369 (remplacement d'une concession irrégulière par un nouveau contrat, légal celui-ci).

¹¹³⁴ Il en va évidemment ainsi lorsque l'illégalité censurée provenait du contrat lui-même, mais également pour certains vices propres à l'acte détachable, comme l'incompétence du signataire (C.E., 26/04/1985, Commune de Larrau, p.129).

¹¹³⁵ Dans l'arrêt *Lopez*, la vente ayant été réalisée et ne pouvant dès lors plus être dénoncée par l'administration, il s'agit pour cette dernière de demander au juge du contrat de prononcer la restitution de l'immeuble aliéné, afin que le conseil municipal puisse redélibérer régulièrement sur son sort.

¹¹³⁶ D. Pouyaud, note précitée, p.1102.

Le même auteur parlera plus loin du "rôle central d'arbitrage" que se voit ainsi confier le juge de l'astreinte (*ibid.*, p.1103).

¹¹³⁷ - L'arrêt *Lopez* en témoigne : l'astreinte n'y est prononcée que dans la mesure où les démarches gracieuses qu'avait entreprises la commune auprès de l'acquéreur de l'immeuble en vue d'obtenir le retour de celui-ci dans le domaine privé communal "ne permettent pas de considérer qu'elle a exécuté la décision de justice", étant donné qu'elles se sont soldées par un échec total, l'intransigeance de l'acquéreur ayant "bloqué la situation" (Cf. conclusions R. Schwartz précitées, p.1097).

- On pourrait en revanche imaginer des hypothèses dans lesquelles l'administration, sans forcément choisir le mode d'exécution le mieux adapté, soit dispensée d'un prononcé d'astreinte dès lors qu'elle manifeste la "volonté d'exécuter le jugement" et que "rien dans le dossier ne -laisse- supposer qu'elle ne puisse être menée à bonne fin" (voir respectivement C.E., 26/05/1986, Société Notre-Dame des fleurs, p.151 ; *Dalloz* 1986, I.R., p.355, obs. F. Llorens ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.461, note J. Moreau ; et C.E., 15/11/1985, Proust, p.738 ; *Les petites affiches*, 26/05/1986, p.9, note G. Melleray ; *Dalloz* 1986, I.R., p.149, note F. Llorens.

Voir également nos développements ultérieurs sur l'emploi de la technique de l'astreinte, *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I).

¹¹³⁸ Il en va ainsi en particulier quand le requérant n'accomplit pas les diligences qui lui incombent en vue d'obtenir l'exécution de la chose jugée.

¹¹³⁹ Conclusions R. Schwartz précitées, p.1096.

l'annulation de l'acte détachable, puisque celles-ci se révèlent d'une géométrie à ce point variable¹¹⁴⁰ : il est indubitable qu'"on est loin de l'autorité absolue de chose jugée du jugement d'annulation pour excès de pouvoir"¹¹⁴¹.

Le chapitre qui s'achève ne doit pas laisser croire que le juge est seul maître dans la détermination de la portée d'une annulation qu'il prononce : non seulement l'économie générale des règles de l'annulation par voie de conséquence limitent son action en ce sens, mais il arrive également que d'autres autorités, par leur comportement ou par des actes qu'elles édictent, interfèrent dans ce domaine et contribuent au tempérament des effets de la censure pour excès de pouvoir. En outre, certains phénomènes indépendants d'une quelconque volonté exercent parallèlement une influence non négligeable sur l'onde de choc occasionnée par l'annulation.

Pour un exemple d'un tel cumul, on peut s'appuyer sur l'affaire Lopez elle-même : si la saisine du juge du contrat à laquelle se voit contrainte la commune n'aboutit pas à la constatation de la nullité du contrat de vente ou, tout au moins, à la restitution du bien, il semble que la solution indemnitaire pourrait parfaitement être envisagée.

¹¹⁴⁰ Il faut dire ici que M. Schwartz (*ibid.*, p.1095) a expressément repoussé toute idée d'automatisme à leur égard : on aurait pu en effet songer à obliger systématiquement l'administration à saisir le juge du contrat afin qu'il apprécie les conséquences de la décision du juge de l'excès de pouvoir ; le commissaire du gouvernement ne l'a pas souhaité, alléguant que le juge de l'astreinte serait mieux à même que le juge du contrat de pratiquer cette estimation, dans la mesure où ce dernier ne peut que constater la nullité ou la validité de la convention qui lui est soumise, et ne saurait, à l'inverse du premier, contraindre les parties à régulariser ce qui doit l'être, ni à indemniser le tiers lorsque nécessaire.

¹¹⁴¹ Note D. Pouyaud précitée, p.1104.

CHAPITRE 2. LES LIMITES IMPOSEES AU JUGE

Le champ des effets de l'annulation ne connaît pas seulement des limitations voulues par les juridictions ; certaines résultent de volontés extérieures à ces dernières, qui s'imposent à elles et à la censure qu'elles ont prononcée. Deux types d'autorités détiennent le pouvoir de s'opposer à l'omnipotence d'une annulation, même si la seconde utilisera des voies détournées et condamnées par le droit : il s'agit du législateur et de l'administration. En outre, et en dehors de toute manifestation de volonté, l'effectivité d'une annulation juridictionnelle se trouvera souvent contrariée par la lenteur chronique qui affecte la justice administrative.

SECTION 1. DE PAR LA VOLONTE DU LEGISLATEUR

Le pouvoir législatif intervient de deux manières pour tempérer les conséquences d'une annulation : tantôt il marque son désir de cristalliser une situation lui paraissant devoir échapper au risque de remise en cause que fait planer sur elle l'éventualité d'une censure contentieuse ; tantôt il est amené à édicter un texte de nature à calmer les remous fâcheux qu'a pu susciter la décision juridictionnelle.

Paragraphe 1. Les situations fixées par la loi

L'intervention du législateur entendant limiter le champ des effets d'une annulation éventuelle prononcée par le juge administratif, peut revêtir deux formes distinctes :

I - La création d'une situation définitive

Prenant conscience de ce que la disparition de certains actes pourrait engendrer des conséquences néfastes, le législateur entend parfois assurer à ceux-ci une stabilité renforcée ; et cela peut conduire à une limitation *a priori* des effets des annulations contentieuses, puisque le juge, chargé d'appliquer la loi, devra s'incliner devant la situation intangible ainsi créée. Un exemple tiré du droit de l'urbanisme va nous permettre d'illustrer cette situation somme toute exceptionnelle : l'article L. 421-2 du Code de l'urbanisme, issu de la loi de décentralisation du 7 janvier 1983, avait prévu que les maires des communes s'étant dotées d'un P.O.S. approuvé, bénéficiaient d'un transfert de compétence (initialement détenue par l'État) pour délivrer les permis de construire. Or, le législateur entendit protéger ledit transfert, en lui conférant expressément un caractère "définitif"¹¹⁴². Cette solution se justifiait sur le plan de l'opportunité : comme le soulignait M. Valade, rapporteur du projet de loi à la Commission des affaires économiques et du Plan au Sénat, il paraissait "difficile, pour des raisons de bonne gestion administrative, que l'instruction et la délivrance du permis de construire puissent varier continuellement"¹¹⁴³. C'est pourquoi celui-ci estimait que "même si le P.O.S. de la commune - venait - à disparaître, c'est le maire qui - devrait - continuer à délivrer au nom de la commune les permis de construire"¹¹⁴⁴. Jamais l'hypothèse d'une annulation contentieuse du P.O.S.

¹¹⁴² Article L. 421-2-1 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁴³ J.O., documents Sénat, n°17, annexe au P.V. de la séance du 7 octobre 1982.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

approuvé ne fut réellement envisagée. Pourtant, le Conseil d'État, à la lumière des travaux parlementaires précités, interpréta le texte comme englobant ce cas de figure. En effet, une telle annulation, de par son caractère rétroactif, aurait normalement dû conduire le juge à considérer que le transfert de compétence n'avait jamais eu lieu. Estimant que le législateur avait "entendu proscrire tout aller-retour de la compétence (...) entre l'État et la commune au gré des avatars subis par le P.O.S."¹¹⁴⁵, la Haute juridiction préféra limiter les conséquences de l'annulation, en refusant de lui reconnaître cette portée¹¹⁴⁶.

II - La consécration d'une situation définitive

Deux exemples permettront de cerner aisément la teneur de ce type d'intervention législative :

A. Nous allons en premier lieu nous intéresser au mécanisme de la prescription quadriennale¹¹⁴⁷, dont les rapports avec le recours pour excès de pouvoir ont souvent posé problème¹¹⁴⁸. En effet, lorsqu'un particulier obtient l'annulation d'une mesure administrative qui lui portait préjudice, le jeu naturel de la prescription quadriennale aurait pu empêcher toute possibilité de réparation du préjudice subi, dans la mesure où, au moment où le juge rend sa décision, il n'est pas rare que quatre ans se soient écoulés depuis l'intervention de la décision annulée. Afin d'éviter que le requérant ne se voie systématiquement privé de toute indemnité, la loi du 31/12/1968, contrairement à la lignée jurisprudentielle traditionnelle du Conseil d'État¹¹⁴⁹, a fixé la règle selon laquelle tout recours - y compris pour excès de pouvoir - porté devant une juridiction interrompt le délai de la prescription (article 2, alinéa 2)¹¹⁵⁰. En outre, selon l'alinéa 5 du même article, un nouveau délai court "à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle la décision est passée en force de chose jugée". Il subsiste toutefois un cas dans lequel l'annulation prononcée se heurte à la prescription quadriennale : nous voulons parler de celui où le recours pour excès de pouvoir a été introduit alors que la prescription était d'ores et déjà acquise¹¹⁵¹. Dans cette hypothèse, l'annulation ne peut "ni

¹¹⁴⁵ Chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.445.

¹¹⁴⁶ C.E., 5/02/1988, S.C.I. des Granges blanches, p.569 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.357, note M. Fornacciarì (c'est parce qu'il considère que la compétence du maire s'est maintenue que le Conseil d'État déclare recevable le déféré préfectoral contre un permis de construire) ; voir également C.E., 1er/12/1993, M. Armagnac, req. n°127.683, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, mars 1994, p.77, conclusions J. Arrighi de Casanova.

Sur le problème, Cf. V. Brisset, "Annulation du P.O.S. et compétence des autorités décentralisées", *Les petites affiches*, 4 août 1993, n°93, p.13.

¹¹⁴⁷ En vertu de laquelle les dettes des collectivités publiques sont prescrites à la fin de la quatrième année suivant l'ouverture de l'exercice auquel elles se rattachent.

¹¹⁴⁸ Nous nous autorisons par là même une légère entorse à notre ligne de conduite qui tend à exclure de notre champ d'investigation le contentieux de la réparation consécutif à la reconnaissance d'une illégalité, car l'exemple que constitue la consécration de la prescription quadriennale nous semble particulièrement parlant.

¹¹⁴⁹ C.E., 16/12/1955, Commune d'Orcières, p.593 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1956, II, p.26, conclusions P. Laurent.

Pour une présentation critique de cette dernière solution, voir, G. Braibant, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1961, art. cit., p.58/59.

A noter qu'entre cette décision et la loi de 1968 était intervenue la loi du 30 mai 1962 (que la loi de 1968 abroge), qui avait déjà décidé des assouplissements à la position classique du Conseil d'État.

¹¹⁵⁰ Voir, appliquant les dispositions similaires de la loi de 1962 en matière d'excès de pouvoir : C.E., 10/09/1962, Daronat, *Revue du droit public* 1963, p.307.

¹¹⁵¹ C.E., 12/11/1969, Hôpital civil de la ville de Salon de Provence, *La semaine juridique* 1970, II, n°16176, note R. Savatier ; *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1970, p.217, conclusions Morissot ; C.E., 12/04/1972, Benasse, p.259, conclusions G. Braibant ; *Dalloz* 1973, p.228, note P. Delvolvé.

interrompre, ni rouvrir un délai déjà expiré"¹¹⁵². Le législateur de 1968 a consacré explicitement ce caractère définitif de la déchéance des dettes de la personne publique au détriment des effets de l'annulation contentieuse¹¹⁵³. Ainsi, dans l'affaire Bénasse que l'on vient d'évoquer, de nombreux militaires se virent exclus du bénéfice du rappel de traitement auquel ils auraient pu prétendre au motif qu'ils avaient présenté leur demande après expiration du délai de la prescription¹¹⁵⁴.

B. L'article 4 de la loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions d'urbanisme et de construction¹¹⁵⁵ offre une autre illustration d'imperméabilisation d'une situation révolue aux conséquences d'une annulation : s'il s'est agi ici, pour les parlementaires, de rendre plus efficaces les jugements fustigeant l'illégalité d'une décision de préemption, en prévoyant que le titulaire de ce droit ne peut l'exercer à nouveau sur le bien en cause pendant le délai d'un an à compter de la décision juridictionnelle - ce qui a pour effet de libérer le propriétaire des prix et conditions qu'il avait mentionnés dans la déclaration d'intention d'aliénation¹¹⁵⁶-, le texte prend bien soin de préciser qu'une pareille retombée ne peut jouer que s'"il n'y a pas eu transfert de propriété". On sait que, pour que se soit réalisé ledit transfert, il suffit que le préempteur ait accepté l'offre qui lui a été faite par le propriétaire ; si tel a été le cas avant la survenance du jugement d'annulation, celui-ci ne pourra produire les effets prévus par l'article 4.

La loi peut donc empêcher qu'une annulation éventuelle ne perturbe une situation qu'il entend protéger ; il dispose parallèlement de moyens lui permettant de remédier à certaines implications fâcheuses d'une censure juridictionnelle déjà prononcée.

Paragraphe 2. Les situations assainies par la loi : la validation législative

Le juge de l'excès de pouvoir, en présence d'un acte illégal qui lui a été déféré, devra se résoudre à en prononcer la censure, quand bien même la décision qu'il rend est de nature à créer une instabilité à de nombreux égards indésirable. Dans des cas extrêmes ou les conséquences de l'annulation ainsi décidée lui apparaissent insupportables car inconciliables avec le souci de bonne administration qui doit l'animer, le gouvernement, par l'entremise du pouvoir législatif qu'il contrôle, peut être tenté d'édicter une norme qui, du fait de sa force juridique, permettra d'éviter ces retombées intempestives du jugement rendu. On s'attachera dans un premier temps à présenter cette technique dite de la "validation législative" au travers du débat qu'elle a suscité et de la réponse qui lui a été apporté par le Conseil constitutionnel, avant de montrer en quoi

¹¹⁵² Note Delvolvé précitée sous l'arrêt Benasse, p.233.

¹¹⁵³ La loi de 1962 ne pratiquait pas, quant à elle, cette restriction, puisque la prescription pouvait être écartée même quand elle avait été précédemment opposée par une décision devenue définitive, et souvent même dans des affaires assez anciennes : Cf., concernant une délibération d'un conseil municipal prise en 1926, C.E., 8/11/1963, consorts Merlin, *La semaine juridique* 1964, éd. G, II, 13483, note Homont.

¹¹⁵⁴ Le recours pour excès de pouvoir était resté possible car le délai prévu à cet effet n'avait pas couru faute de publicité régulière.

¹¹⁵⁵ Loi précitée ; l'article 4 introduit un article L.213-8 dans le Code de l'urbanisme

¹¹⁵⁶ Ceci visant, "dans le cadre du plan de relance de la construction, à éviter certaines situations de blocage du marché foncier liées aux conséquences d'une annulation par des préemptions abusives, et donc illégales". Cf. L. Fabre et M. Sharshar, "Réforme de l'urbanisme : la loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions d'urbanisme et de construction", *La Gazette des communes*, 28/02/1994, p.68.

elle se présente, malgré la tentative de canalisation dont elle a fait l'objet, comme un instrument non négligeable de relativisation des effets d'une annulation¹¹⁵⁷.

I - Une paralysie des effets de l'annulation apparemment encadrée par le Conseil constitutionnel.

La technique des validations législatives, depuis longtemps employée - car d'un intérêt pratique certain -, a fait l'objet de critiques aussi anciennes que son utilisation. C'est au Conseil constitutionnel qu'il est revenu, afin d'apaiser ces dernières, de confectionner un cadre juridique d'apparence rigide.

A. Le dilemme né de l'utilisation du procédé

Il naît de ce que le recours à la validation législative s'avère parfois incontournable, mais comporte aussi le risque de voir le pouvoir exécutif en abuser en raison des nombreux avantages qu'il présente.

1 - Un emploi parfois nécessaire

Cette nécessité se fait ressentir dans certaines hypothèses où donner plein effet à la censure d'un acte administratif engendrerait des conséquences déplorables pour l'administration ou pour de nombreux administrés, étant entendu que seule l'intervention législative est à même de dénouer l'imbroglio causé par la décision juridictionnelle.

a) Les incidences malencontreuses d'une annulation juridictionnelle

Il est depuis longtemps apparu, notamment dans le contentieux de la fonction publique, que l'annulation juridictionnelle d'un acte administratif pouvait entraîner des conséquences extrêmement regrettables à de nombreux égards. Le cas le plus topique semble celui de l'annulation d'une élection ou d'un concours administratif. Le jugement intervenant le plus souvent très tardivement, il est fréquent qu'au moment où le juge statue, l'administration ait déjà procédé aux nominations qui en résultent et installé de nombreux agents dans leurs fonctions. On conçoit dès lors quelles perturbations pour les services concernés serait susceptible d'entraîner le jeu des principes classiques régissant l'annulation par voie de conséquence :

* Il existe tout d'abord des risques d'atteinte au principe de continuité des services publics, liés à la remise en question de toutes les mesures prises sur la base de la décision dont le juge pour excès de pouvoir a fustigé l'irrégularité. L'exemple de l'annulation, en 1985, de l'élection au Conseil supérieur des universités, est à ce propos édifiant : le Conseil d'État avait censuré les dispositions réglementaires en vertu desquelles avaient été organisées les élections à cet organisme¹¹⁵⁸, ce qui, par voie de conséquence, en viciait la composition et altérait les décisions prises après avis ou sur proposition de celui-ci¹¹⁵⁹. Or, la fonction principale du Conseil supérieur des universités consiste précisément à émettre de tels avis ou propositions relativement aux carrières et promotions des enseignants du supérieur ; de plus, en son sein,

¹¹⁵⁷ Pour une étude approfondie sur la question, voir B. Mathieu, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica 1987.

¹¹⁵⁸ C.E., 19/04/1985, Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et autres, Actualité juridique, Droit administratif 1985, p.495, 2^{ème} espèce, note F. Chevallier.

¹¹⁵⁹ C.E., S., 25/01/1974, Duverger, p.59.

sont constitués des jurys de recrutement de professeurs, maîtres de conférences, etc. Si l'arrêt du Conseil d'État avait reçu plein effet, il aurait fallu, pour l'administration, organiser de nouvelles élections selon une procédure cette fois légale. En outre, les décisions prises sur avis du Conseil irrégulièrement composé auraient été remises en cause. Compte tenu de la date d'intervention de l'arrêt d'annulation, il apparaissait impossible de régulariser cette situation avant la rentrée universitaire, ce qui était de nature à compromettre gravement les conditions de celle-ci, plus d'un millier de décisions de recrutement et d'affectation nécessaires ne pouvant être prises en temps utile. Le danger était grand pour la continuité de ce service public.

* Une annulation peut parallèlement aboutir à des situations insatisfaisantes pour les agents publics nommés sur la base de l'acte censuré. Il semble en effet injuste de remettre en cause la carrière des intéressés lorsque l'illégalité sanctionnée par le juge était imputable à la seule administration, les candidats au concours n'ayant eu pour seul tort que de se conformer au règlement irrégulier en organisant les épreuves. Leur faire subir les conséquences d'une faute qui ne leur est en rien attribuable heurterait le sens commun de l'équité.

b) L'édiction d'une loi comme seul remède envisageable

Depuis longtemps déjà¹¹⁶⁰, pour obvier aux ennuis les plus graves inhérents au prononcé d'une annulation, l'on a eu recours à la technique de la validation législative. Impliquant l'intervention du Parlement, elle consistait à l'origine à faire voter par celui-ci une loi dont le seul but était de prévenir ces néfastes effets, voire d'y remédier, selon que le législateur intervenait antérieurement ou postérieurement au jugement. Ces dispositions législatives, prenant souvent la forme de cavaliers budgétaires¹¹⁶¹ ou d'amendements parlementaires sans grands rapports avec le texte principal, étaient destinées à purger rétroactivement de son illégalité l'acte ayant fait l'objet de la censure juridictionnelle ou susceptible d'être annulé, et du même coup à sauvegarder les décisions prises sur son fondement. L'entremise du législateur apparaît ici "irremplaçable"¹¹⁶²: seule une correction rétroactive de l'acte litigieux permet parfois d'éviter les inconvénients sus-évoqués concernant la continuité du service public et les carrières des fonctionnaires. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit de limiter le contrôle juridictionnel relatif aux décisions qui ont déjà pu intervenir sur la base de l'acte annulé. Il semble d'ailleurs que ce caractère rétroactif constitue l'un des traits essentiels des validations législatives, à tel point que certains auteurs s'en servent même de critère de définition¹¹⁶³, bien que certaines d'entre elles en soient dépourvues¹¹⁶⁴. On sait en effet que l'administration ne peut prendre de mesures rétroactives en vertu du principe général du droit dégagé par la jurisprudence *Société du Journal l'Aurore*¹¹⁶⁵; seul le législateur est en mesure de conférer une telle portée aux textes qu'il édicte¹¹⁶⁶. L'intervention de ce dernier s'avère donc incontournable dans de telles situations. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel, confronté au problème de la constitutionnalité du procédé, n'en a pas sanctionné le principe, en précisant que le législateur

¹¹⁶⁰ Cf. par exemple l'affaire Huileries Griffiths et autres, C.E., Ass., 3/02/1939, p.57.

¹¹⁶¹ Cette pratique se voit aujourd'hui contrariée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui interdit de faire figurer dans une loi de finances une disposition dépourvue de caractère financier au sens de l'ordonnance n°59-2 du 2/01/1959. Cf. décision n°81-136 D.C. du 31/12/1981, p.48; *Daloz* 1982, I.R., p.307, note L. Hamon.

¹¹⁶² A. de Laubadère, *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.617.

¹¹⁶³ Cf. J.-M. Auby, "Sur une pratique excessive : les validations législatives", *Revue de droit prospectif* 1977, n°3 et 4, p.11.

¹¹⁶⁴ Cf. F. Moderne, note sous C.E., 18/05/1973, Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés, *Actualité juridique, Droit administratif* 1973, p.482.

¹¹⁶⁵ C.E., Ass., 25/06/1948, p.289; *Daloz* 1948, p.237, note M. Waline; Sirey 1948.3. p. 69, conclusions M. Letourneur.

¹¹⁶⁶ C.C., décision n° 69-55 L. du 26/06/1969, Protection des sites, précitée.

avait "la faculté d'user de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler comme lui seul (...) pouvait le faire les situations nées de l'annulation" d'un acte administratif¹¹⁶⁷.

2 - Un procédé à risques

La technique de la validation législative devait connaître un si grand succès¹¹⁶⁸ qu'elle suscita au sein de la doctrine de nombreuses critiques et inquiétudes axées notamment autour de deux constatations :

a) L'atteinte à la séparation des pouvoirs

La validation conduit tout d'abord à une immixtion du législateur dans le débat contentieux. Il s'agit pour lui tantôt d'empêcher le juge de statuer sur une requête dont il est saisi, tantôt de faire obstacle à la pleine application d'une décision de justice, tantôt, et c'est là le plus grave, d'anéantir la chose jugée en faisant revivre un acte frappé d'annulation¹¹⁶⁹. Cela heurte de plein fouet le principe qui prône la séparation entre le pouvoir législatif et l'autorité juridictionnelle. Pour M. Capitant, un jugement rendu par l'autorité judiciaire "bénéficie de l'autorité de la chose jugée, autorité qui s'impose à tous y compris au législateur"¹¹⁷⁰. Rien a priori de plus choquant, en conséquence, de voir "utiliser les pouvoirs du législateur pour combattre ceux du juge"¹¹⁷¹.

b) Les dangers d'abus

La seconde critique tient au fait que ce procédé est susceptible de donner lieu à un certain nombre d'abus, permettant au gouvernement de faire obstacle à sa guise à l'exécution d'un jugement rendu contre l'administration, par l'entremise de la procédure législative qu'il maîtrise. Ainsi, "les validations législatives sont génératrices d'inégalités choquantes (...) lorsqu'on sait que souvent elles sont, en partie tout au moins, fonction d'appuis politiques plus ou moins puissants"¹¹⁷². C'était le cas d'une disposition initiale du projet ayant abouti à la loi du 11 juillet 1975 qui, sous une apparence générale, visait en fait à passer outre à un arrêt du Conseil d'État annulant la nomination d'un fonctionnaire déterminé¹¹⁷³.

C'est au Conseil constitutionnel qu'il a fallu trancher le dilemme qui vient d'être évoqué. Or, si l'on sait déjà qu'il n'a pas entendu s'opposer par principe à ce procédé dont on ne peut, dans certaines hypothèses, faire l'économie, il nous faut à présent montrer qu'il a cependant tenté d'en discipliner la pratique et de restreindre notamment l'atteinte portée aux prérogatives juridictionnelles.

¹¹⁶⁷ C.C., décision n°80-119 D.C. du 22/07/1980, *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.602, note G. Carcassonne.

¹¹⁶⁸ A titre d'exemple, sous la IV^{ème} République, plus de 40 validations ont pu être dénombrées. Cf. M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J. 1968, p.422.

¹¹⁶⁹ Cf. par exemple C.E., 23/05/1960, Société l'Africaine Française, p.355 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1961, p.90 : le législateur peut valider des mesures annulées "nonobstant la circonstance que le jugement d'annulation soit passé en force de chose jugée".

¹¹⁷⁰ J.O., Débats Ass. Nat., 24 novembre 1967, p.5294.

¹¹⁷¹ M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, L.G.D.J. 1960, p.318.

¹¹⁷² Selon M. Lefas, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1958, p.86.

¹¹⁷³ Citée par J.-M. Auby, *art. cit.* p.12.

B. La tentative de canalisation du procédé par le Conseil constitutionnel

A partir de 1980, le Conseil constitutionnel a posé quelques jalons à la pratique des validations législatives. Les deux premiers peuvent être rapidement évoqués, car l'un n'intéresse qu'indirectement notre propos et l'autre s'appréhende d'autant plus aisément qu'on l'a déjà évoqué à l'occasion de la présentation du fondement de l'utilisation de la technique étudiée :

- Le Conseil a tout d'abord exclu la possibilité de validation en matière pénale, dans la mesure où cela heurterait le principe constitutionnel de non-rétroactivité des lois pénales issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁷⁴, exclusion étendue par la suite "à toute sanction ayant le caractère de punition" même hors de la matière pénale proprement dite¹¹⁷⁵.

- Il a ensuite tenté de court-circuiter toute tentation de détournement de procédure en exigeant que l'intérêt général serve de fondement à l'intervention législative¹¹⁷⁶. Une loi de validation ne se justifie en effet que dans la mesure où l'annulation crée d'inextricables difficultés pour l'administration sur laquelle pèse l'obligation d'exécuter la chose jugée, de sorte que le Parlement intervient, comme il lui incombe, soit pour assurer le principe constitutionnel de continuité du service public mis en danger par la décision juridictionnelle, soit pour éviter qu'un préjudice trop grave ne soit causé aux carrières de nombreux fonctionnaires -ce qui entre dans le cadre de l'article 34 de la Constitution de 1958 au titre des "garanties fondamentales de la fonction publique" dont le législateur est compétent pour fixer les règles¹¹⁷⁷.

Ces deux premières bornes posées par le Conseil constitutionnel présentent l'avantage de délimiter assez étroitement le champ d'application du procédé. Impraticable pour valider des sanctions administratives ayant été décidées de façon irrégulière¹¹⁷⁸, il n'autorise pas plus le gouvernement, par l'entremise du législateur, à s'opposer à sa convenance à l'appréciation portée par le juge de la légalité, ou à en paralyser les effets : la validation d'une seule ou de quelques nominations irrégulières serait sans doute censurée par le Conseil constitutionnel, qui exerce un contrôle de proportionnalité mettant en balance l'ampleur des mesures prises et l'importance des intérêts protégés, s'autorisant ainsi à sanctionner toute erreur manifeste du législateur¹¹⁷⁹.

Deux autres règles fixées par la juridiction constitutionnelle marquent encore plus nettement sa volonté de limiter l'atteinte au principe de séparation du pouvoir législatif et de l'autorité juridictionnelle, et d'assurer en conséquence, autant que faire se peut, le respect de la chose jugée :

¹¹⁷⁴ Décision n°80-119 D.C. précitée : "sauf en matière pénale, la loi peut comporter des dispositions rétroactives".

¹¹⁷⁵ Décision n° 82-154 D.C. du 29/12/1982 précitée.

¹¹⁷⁶ Cette exigence recoupe celle qui anime, en la matière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. notamment l'affaire Greek Rafineries S.A. et Stratis Andreadis (rapport 12 mai 1994) commentée par J.-F. Flauss, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.26.

¹¹⁷⁷ Cf. note G. Carcassonne précitée.

¹¹⁷⁸ Voir par exemple C.C., décision n°88-250 D.C. du 29-12-1988, *Revue française de droit administratif* 1989, p.862, note B. Mathieu.

¹¹⁷⁹ Cf. notamment la décision n° 85-192 D.C. précitée, et la note J.-J. Bienvenu, *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.486.

1 - La proscription de toute validation directe et *a posteriori*

Cette première limitation signifie qu'un acte que le juge a annulé ne saurait être ensuite déclaré valide par le législateur¹¹⁸⁰. On retrouve ici le souci du Conseil constitutionnel d'empêcher le Parlement de s'immiscer de façon trop marquée dans le débat contentieux : si le principe de séparation des pouvoirs¹¹⁸¹ interdit à celui-ci d'adresser des injonctions aux différentes juridictions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence¹¹⁸², il paraît logique de faire en sorte qu'il ne détienne pas plus le pouvoir de censurer une décision de justice. Se trouve ainsi par principe condamnée la forme de validation qui avait suscité le plus de critiques¹¹⁸³, et le juge administratif, de par son interprétation stricte de ce type de loi, veillera à ce que le législateur n'outrepasse pas implicitement la borne qui a été ainsi posée à son action¹¹⁸⁴.

Le compromis proposé par le juge constitutionnel s'avère cependant bien subtil : si la validation législative ne saurait porter directement sur un acte déjà annulé, elle peut en revanche intéresser les mesures ultérieures prises sur le fondement de celui-ci quand bien même ces dernières font l'objet de requêtes introduites devant la juridiction administrative. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le Conseil considère que le Parlement, loin d'empiéter sur la compétence du pouvoir juridictionnel, ne fait que "modifier les règles que le juge a pour mission d'appliquer"¹¹⁸⁵, au moyen de la mesure rétroactive qu'il édicte. Le raisonnement adopté est le suivant : le jeu de l'annulation par voie de conséquence conduirait le juge administratif à censurer toutes les décisions prises par l'autorité administrative dont l'existence était conditionnée par celle de l'acte annulé ; l'intervention du législateur, sans remettre en cause la disparition de l'acte résultant du jugement d'annulation, ne fait qu'en paralyser les conséquences en postulant que l'illégalité de la décision censurée ne rejaillit pas sur la chaîne d'actes dans laquelle elle s'insère. La loi fournit rétroactivement une base juridique aux actes qui en étaient privés depuis la décision d'annulation.

2 - L'injusticiabilité relative des mesures validées

¹¹⁸⁰ S'est posée la question de savoir si la formule "passée en force de chose jugée" employée dans la décision n°86-223 D.C. ne faisait pas seulement obstacle au renversement des jugements définitifs ; mais la décision n°87-228 D.C., interdisant au législateur de censurer les "décisions des juridictions", semble englober dans la protection constitutionnelle les jugements provisoires. Sur ce problème, voir B. Mathieu, *op. cit.*, pp.149 s.

Corrélativement, le respect de la chose jugée ne saurait se concilier avec la remise en cause des droits acquis du fait d'une décision de justice (C.C., décisions n° 86-223 D.C. du 29/12/1986, p.184 ; *La semaine juridique* 1987, II, n°20903, note Nguyen Quoc Vinh ; et 88-250 D.C. du 29/12/1988, p.207).

¹¹⁸¹ Et celui de l'indépendance des juridictions consacré par la décision n°80-119 D.C. précitée.

¹¹⁸² C.C., décision n° 80-119 D.C. précitée.

¹¹⁸³ Cf. notamment J.-M. Auby, *art. cit.* ; F. Moderne, note précitée.

¹¹⁸⁴ Cf. notamment C.E., 24/03/1982, Boyer, p.129 : la validation d'une décision annulée étant interprétée comme ayant pour seul objet de rendre insusceptible d'être invoqué le moyen tiré de son illégalité, elle ne prive pas d'effet son annulation contentieuse devenue définitive et ne saurait "faire échec à l'autorité de chose jugée" qu'elle revêt : la loi n'ayant, "en l'absence de dispositions expresses en ce sens" (qui seraient aujourd'hui censurées par le Conseil constitutionnel), pu faire revivre la décision annulée, n'ouvre pas à l'intéressé droit à être réintégré à l'emploi auquel il avait été nommé par la décision annulée.

Voire également C.E., S., 26/10/1984, Mammar, p.340 ; *Dalloz* 1985, p.223, conclusions D. Labetoulle : même solution s'agissant de pensions révisables concédées à des ressortissants Algériens en exécution de décisions juridictionnelles devenues définitives ; et C.E. 25/09/1987, Binet, p.293 ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.998.

¹¹⁸⁵ Cf. décision n°80-119 D.C. précitée.

Posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°85-192 D.C. du 24 juillet 1985¹¹⁸⁶, cette deuxième limite permet que la "régularité de ces mesures soit mise en cause sur d'autres fondements" que celui qui consisterait à invoquer l'illégalité par voie de conséquence de la censure de l'acte-base. La validation ne constitue donc pas, *a priori*, une garantie absolue contre la censure des actes subséquents ; elle n'a pour objet que de reconstituer leur base légale et ne fait pas obstacle à ce qu'un recours intenté contre eux aboutisse, à condition qu'il soit fondé sur une illégalité propre à ces décisions, et non sur le vice qui pourrait résulter de l'annulation de l'acte antérieur dont le législateur a paralysé les effets. Cela implique que le juge, saisi d'un tel recours dans des conditions régulières, reste compétent et doit statuer au fond¹¹⁸⁷.

Les principes posés par le Conseil constitutionnel afin de canaliser l'utilisation de ce procédé semblent donc, même s'ils ne font pas obstacle à la mise à l'écart des règles de l'annulation par voie de conséquence, préserver du moins l'essentiel des pouvoirs du juge de l'annulation. Cependant, quelques dérives pratiques vont relativiser cette tentative de sauvegarde des prérogatives des juridictions, et permettre au législateur de paralyser réellement toute éventuelle intervention juridictionnelle consécutive à la validation.

II - Une paralysie des effets de l'annulation débordant souvent en pratique le cadre constitutionnel

Outre le fait que leur respect n'est en tout état de cause garanti que dans la mesure où le Conseil constitutionnel est saisi de la loi de validation¹¹⁸⁸, les grands principes dégagés par cette juridiction ont connu plusieurs types de dérives, qui conduisent à rendre totalement inerte l'annulation décidée par le juge administratif, voire à en empêcher le prononcé.

A. Les assouplissements apportés par le Conseil constitutionnel à l'interdiction de valider directement l'acte annulé

Trois assouplissements, voire détournements, ont contribué à rendre ce principe quasiment platonique, même si le dernier d'entre eux semble aujourd'hui abandonné.

1 - La validation de la "raison d'être" de l'acte annulé

Le premier phénomène a consisté pour le Conseil constitutionnel à admettre la validation des mesures prises en conséquence d'une décision annulée dont la seule vocation était de produire un tel effet. Ainsi, il a par exemple déclaré conforme à la Constitution une loi organique validant les résultats d'un concours d'entrée à l'École Nationale de la Magistrature alors que ce concours avait été annulé par le juge administratif¹¹⁸⁹. De la même manière, il a

¹¹⁸⁶ Décision précitée.

¹¹⁸⁷ Sur ce problème, voir B. Mathieu, *op. cit.*, pp.99 s.

¹¹⁸⁸ Ce qui est loin d'être systématiquement le cas, comme l'a relevé, exemples à l'appui, B. Mathieu : Cf. "Les validations législatives devant le Conseil constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente", *Revue française de droit administratif* 1995, note n°4.

¹¹⁸⁹ C.C., 19/07/1983, décision n° 83-159 D.C.

permis au législateur de couvrir les résultats d'une élection au Conseil supérieur des universités dont les modalités d'organisation avaient été pareillement sanctionnées¹¹⁹⁰. Dans ces deux hypothèses, l'annulation prononcée par le juge frappait des actes dont l'unique raison d'être résidait dans la production d'un certain effet -admission de candidats à l'E.N.M. d'une part, composition du C.S.U. d'autre part. Il s'avère en conséquence totalement artificiel d'interdire au législateur de faire renaître l'acte annulé, lorsqu'il lui suffit d'en avaliser toutes les suites pour faire totalement échec à la chose jugée. Comme le soulignait M. Bienvenu¹¹⁹¹, "on peut légitimement se demander quelle peut être la signification de cette interdiction de valider l'acte annulé alors que tous les effets qu'il a pu (...) produire peuvent bénéficier de la validation. Simple révérence formelle à l'égard de la chose jugée ? On serait assez tenté de le croire (...). En tout état de cause, cette "immunité" de l'acte annulé n'a plus aucune justification dans le raisonnement."

2 - La validation préventive d'un acte susceptible d'annulation

La deuxième dérive s'attache à la validation d'un acte administratif opérée avant même que le juge compétent ait eu à se prononcer sur sa légalité ; est ainsi empêchée la survenance d'une annulation dont on se méfie des conséquences. On aurait pu penser que le principe de séparation des pouvoirs tel qu'il a été défini par le Conseil constitutionnel interdisait cette pratique au même titre qu'il prohibait la résurrection de l'acte annulé, puisqu'elle équivaut à une injonction faite par le législateur au juge de ne pas connaître de l'acte en question. On a vu que l'indépendance du pouvoir juridictionnel condamnait la possibilité de telles injonctions. Le Conseil constitutionnel va pourtant se montrer très compréhensif envers cette pratique par le biais d'une construction audacieuse.

La décision n°85-140 L. du 25 juillet 1985¹¹⁹² en témoigne : il s'agissait pour la juridiction constitutionnelle, saisie par le Premier Ministre sur la base de l'article 37-2 de la Constitution, de se prononcer sur la nature juridique de dispositions réglementaires validées préventivement par un texte de loi. Le Conseil décida que les dispositions en cause avaient acquis forme législative du fait de cette validation, ce qui semble pour le moins curieux quand on sait que la doctrine s'accorde sur le fait qu'un acte validé demeure administratif, et que l'autorité compétente peut directement le modifier lorsqu'elle l'estime opportun¹¹⁹³. M. Mathieu¹¹⁹⁴ a expliqué la position du Conseil de la manière suivante : ne désirant pas censurer la validation préventive effectuée en l'espèce, le juge constitutionnel a préféré analyser celle-ci comme ne constituant pas une validation *stricto sensu*¹¹⁹⁵ mais plutôt une ratification d'acte administratif, c'est-à-dire un procédé qui permet au législateur de reprendre, consciemment ou non, sous forme législative, une disposition qui figurait antérieurement dans un texte de nature réglementaire. Ce mécanisme, dont la constitutionnalité a été admise par la décision n°85-155 D.C. du 30 décembre 1984, se justifie principalement lorsque le Parlement prend à son compte une mesure initialement édictée à tort par une autorité exécutive ; il n'équivaut pas à une injonction faite au juge administratif de ne pas connaître d'un acte administratif dans la mesure où ce dernier, devenant réellement législatif (ce qu'il aurait toujours dû être), sort naturellement de la sphère de contrôle du juge ordinaire. En l'assimilant à la ratification, le Conseil

¹¹⁹⁰ Décision n° 85-192 D.C., précitée.

¹¹⁹¹ Note précitée, p.486.

¹¹⁹² J.O., 6 août 1985 ; *Revue française de droit administratif* 1986, p.831, note B. Mathieu.

¹¹⁹³ Certains arrêts du Conseil d'État vont également dans ce sens. Cf. notamment C.E., S., 18/04/1958, Syndicat des chirurgiens-dentistes de la Seine, p.219 ; et C.E., 15/07/1960, Omer Decugis, p.478.

¹¹⁹⁴ Note précitée.

¹¹⁹⁵ Alors que les travaux préparatoires montrent nettement que telle était la volonté du législateur.

constitutionnel sauve donc la validation préventive de la critique qu'elle encourt au titre de la violation du principe de séparation des pouvoirs¹¹⁹⁶. Il contribue ainsi à parfaire l'aspect paralysant du procédé à l'égard de l'annulation, ne s'intercalant plus simplement entre le prononcé de celle-ci et la propagation de ses effets mais intervenant en amont pour empêcher toute sanction juridictionnelle de l'acte illégal lui-même¹¹⁹⁷. Il convient d'ailleurs, à ce propos, de relever que le législateur dispose d'un autre mécanisme aboutissant au même résultat : plutôt que d'opter pour la validation brutale d'un acte, il peut en effet procéder parfois à une modification du droit existant de nature à effacer l'illégalité initiale affectant un acte réglementaire. Le juge, saisi ultérieurement d'un recours contre cette décision, devra en conséquence prononcer un rejet au fond de la requête¹¹⁹⁸.

3 - La validation d'un acte annulé par substitution d'une mesure équivalente

La troisième entorse aux principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle était le fait de la décision n°83-159 D.C. du 19/07/1983¹¹⁹⁹ : le Conseil y avait admis que le principe de séparation des pouvoirs ne s'opposait pas à ce qu'une loi postérieure à un acte annulé puisse substituer à celui-ci une disposition de même contenu, du moins lorsque l'annulation était motivée par une illégalité externe. En permettant une telle "validation par substitution"¹²⁰⁰, le juge constitutionnel ruinait irrémédiablement l'interdiction faite au Parlement de censurer une décision de justice, celle-ci ne constituant plus qu'un principe de façade. Il semble que le Conseil constitutionnel se soit rendu compte de ce que pareil raisonnement avait de contradictoire avec celui tenu en 1980, puisqu'une décision du 26/06/1987¹²⁰¹ a proscrit une telle validation par substitution s'agissant de magistrats dont la nomination avait été annulée par le Conseil d'État. La juridiction constitutionnelle n'envisage en effet ici comme seule régularisation possible qu'une nouvelle nomination pour l'avenir dans les conditions constitutionnellement prévues à cet effet, à savoir par décret du Président de la République, et dénie par là même au Parlement le pouvoir de substituer une mesure législative à la décision censurée.

B. La dérive imputable au juge ordinaire : l'injusticiabilité de l'acte validé

* Les atteintes aux principes directeurs dégagés par le Conseil constitutionnel ne sont pas le seul fait de ce dernier ; le juge administratif a contribué à élargir à outrance le champ d'application du procédé étudié. Cette remarque se fonde essentiellement sur la ligne jurisprudentielle qui refuse d'adopter la vision du Conseil constitutionnel quant à la possibilité de sanctionner, en raison d'un vice propre, une décision administrative dont la validation n'était destinée qu'à couvrir l'illégalité résultant de l'annulation de l'acte lui servant de fondement. Si le juge s'y conformait, cela impliquerait nécessairement qu'il accepte de statuer au fond lorsqu'il est saisi d'une requête formée contre une telle décision, ce qui lui permettrait éventuellement de

¹¹⁹⁶ On a pu parler à ce propos d'"une sorte de supercherie juridique" : voir D. de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Thèse Pau, 1993, p.480.

¹¹⁹⁷ Pour un autre exemple de cette situation, voir C.E., 28/04/1989, Chambre syndicale des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la Charente-Maritime, p.858 : la reprise par une loi des dispositions d'un arrêté interministériel antérieur rendant ces dernières désormais insusceptibles d'être discutées par la voie contentieuse, il y a lieu de clôturer le litige les concernant par le prononcé d'un non-lieu à statuer.

¹¹⁹⁸ C.E., 30/06/1978, Delcourt et autres, p. 281. C.

¹¹⁹⁹ Décision précitée.

¹²⁰⁰ Cf. Mathieu, *Revue française de droit administratif* 1989, p.867, note précitée.

¹²⁰¹ Décision n°87-228 D.C., p.38.

la censurer sur la base d'un moyen autre que celui que l'intervention législative a rendu inopérant. Or, malgré quelques velléités ponctuelles en ce sens¹²⁰², le juge administratif a plutôt tendance, dans l'hypothèse considérée, à prononcer un non-lieu législatif¹²⁰³. Il confère ainsi une immunité totale aux actes bénéficiant de la validation, ce qui contrarie à l'évidence le souci manifesté par le juge constitutionnel de limiter celle-ci à la seule illégalité couverte, à savoir celle qui résulte de l'annulation de l'acte initial¹²⁰⁴.

* Cela est d'autant plus préoccupant que le Conseil constitutionnel admet largement la possibilité de validation d'actes subséquents à la décision annulée. Il n'a en effet opposé aucune difficulté, dans sa décision n°85-192 D.C.¹²⁰⁵, à ce que soient directement validées des mesures individuelles - il s'agissait en l'espèce des nominations prononcées après avis du C.S.U. dont l'élection des membres avait été annulée - alors que certains estimaient cette éventualité exclue à la suite de la décision du 22 juillet 1980¹²⁰⁶ ; il n'a pas davantage sanctionné la validation préventive de telle mesure, à savoir celle qui couvrait les nominations non encore intervenues au moment où était promulguée la loi. Ici encore, les mêmes auteurs¹²⁰⁷ avaient dénié au législateur un tel pouvoir. Le Conseil constitutionnel a contourné l'obstacle en démontrant que cette validation préventive était la conséquence logique de la couverture par la loi de l'illégalité de la composition de l'organisme : puisque celle-ci était désormais réputée régulière, toutes les décisions prises - même postérieurement à l'intervention de la loi - après avis du C.S.U. devenaient incontestables de ce chef au contentieux.

Cette bienveillance caractérisant la jurisprudence constitutionnelle conjuguée à l'attitude sus-décrite du juge administratif, est de nature à entraîner de fâcheuses conséquences. Il suffit en effet qu'une mesure émane de l'organisme dont la composition a fait l'objet de la validation pour que le juge refuse d'en connaître et oppose un non-lieu législatif à toute requête dirigée contre elle. Les actes-conséquence de la décision initialement annulée bénéficient ainsi d'une immunité juridictionnelle totale. Eux qui, en toute logique, devraient pâtir de la chute de l'acte qui conditionnait leur existence, bénéficient au contraire de l'annulation prononcée par le biais de la validation, puisque cette dernière les préserve de tout contrôle juridictionnel. La situation est, on en conviendra, pour le moins paradoxale.

Le législateur n'est pas seul capable de limiter la portée d'une annulation prononcée ; l'administration dispose également d'un moyen lui permettant d'agir en ce sens.

¹²⁰² Cf. C.E., S., 13/12/1974, Bethus et Ballereau, p.628 ; et C.E., 25/05/1979, Secrétaire d'État aux universités c/ Mme Toledano-Abitol, arrêt précité.

¹²⁰³ C.E., 3/12/1981, S.G.E.N. ; S.N.E.Sup., *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.162 ; et 18/02/1981, S.G.E.N. ; S.N.E.Sup., *Dalloz* 1981, I.R., p.240, observations B. Toulemonde.

¹²⁰⁴ Soyons juste, le Conseil constitutionnel lui-même détient une part de responsabilité dans ce type de dérive, puisqu'il lui arrive parfois de laisser passer des lois validant, sans autres précisions, tel ou tel acte administratif, ce qui "a pour effet d'interdire au juge administratif de connaître de la légalité de cet acte pour quelque motif que ce soit" (B. Mathieu, *art. cit. Revue française de droit administratif* 1995, p.788, l'auteur s'appuyant sur la décision n°94-357 D.C. du 25/01/1995).

¹²⁰⁵ Décision précitée.

¹²⁰⁶ Voir notamment l'avis de MM. Favoreu et Philip dans *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1984, p.482 : selon eux, en matière de décisions individuelles, seule une validation indirecte "c'est-à-dire une validation conséquence de la validation principale des actes réglementaires supports" était concevable.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

SECTION 2. DE PAR LA VOLONTE DE L'ADMINISTRATION : LE PROBLEME DE L'INEXECUTION DES DECISIONS D'ANNULATION

L'administration elle aussi, aussi curieux que cela puisse paraître au premier abord, peut contribuer à limiter la portée d'une annulation prononcée à l'encontre d'un de ses actes, et ce en refusant de se plier aux prescriptions - explicites ou induites - du jugement qui la condamne, ou du moins en faisant quelques difficultés avant que de s'y soumettre.

Le phénomène de l'inexécution des décisions rendues par le juge administratif, bien que loin d'être nouveau, a pris depuis quelques années un notable relief. Autrefois, en effet, l'étude du contentieux administratif se concentrait plutôt sur les mécanismes d'élaboration des différentes solutions jurisprudentielles et ne s'intéressait guère à l'efficacité pratique des arrêts prononcés. On partait du présupposé que ces derniers seraient automatiquement exécutés par les autorités auxquelles incombait la prise des mesures induites par le jugement. Il fallut attendre les années 50 et le début des années 60 pour voir enfin la doctrine s'inquiéter du fait que la passivité de l'administration condamnée pouvait totalement priver d'effet les décisions rendues à son encontre par le juge¹²⁰⁸. Mais en l'absence d'instrument de mesure, il paraissait très délicat de procéder à une évaluation fiable du degré d'inexécution¹²⁰⁹. Les choses allaient commencer à changer avec la création, par un décret en date du 30 juillet 1963, de la commission du rapport et des études du Conseil d'État¹²¹⁰, dont une des missions est précisément de veiller à l'exécution correcte des décisions de la justice administrative. Il est donc aujourd'hui nettement plus aisé de se faire une idée sur le phénomène considéré, d'autant plus que, depuis 1974, la partie du rapport annuel du Conseil d'État consacrée à l'exposition des difficultés d'exécution rencontrées par la Section du rapport et des études est rendue publique. Nous exposerons donc la réalité de l'inexécution des décisions rendues par la justice administrative - et notamment des jugements d'annulation - avant d'en expliquer les raisons.

Paragraphe 1. Le phénomène de l'inexécution

Une constatation préliminaire s'impose : les jugements et arrêts qui ne sont pas exécutés, ou qui ne le sont qu'imparfaitement, ne représentent qu'une infime minorité des décisions rendues. Le "Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions des juridictions administratives"¹²¹¹, rédigé à la demande du Premier ministre sous la présidence de M. A. Bacquet, estime que ce phénomène, exécutions tardives inclus, concerne environ 5 % de l'ensemble des jugements condamnant l'administration, ce qui équivaut tout de même à presque un millier de cas par an. Le rapport annuel 1991 se montre plus optimiste, puisqu'il évalue seulement aux alentours de 2,5 % les décisions n'ayant pas été exécutées "dans un délai raisonnable"¹²¹². Mais il ne faut pas oublier que ces estimations sont basées sur les réclamations enregistrées par la Section du rapport et des études, et l'on peut penser qu'un nombre non

¹²⁰⁸ Voir notamment (pour ne citer que l'article le plus connu) : J. Rivero, "Le Huron au Palais Royal", *Dalloz* 1962, chron. p.37.

¹²⁰⁹ Les estimations variaient de 1 % pour les plus optimistes à ... 50 % pour les plus pessimistes !

¹²¹⁰ Rebaptisée "Section du rapport et des études" par le décret n° 85-90 du 24 janvier 1985.

¹²¹¹ *Revue française de droit administratif* 1990, p.481.

¹²¹² *Etudes et documents du Conseil d'État* 1991, n°43, p.85.

Le même chiffre est avancé par un rapport de la commission d'enquête du Sénat sur le fonctionnement de la justice administrative en date du 17 juin 1992 (voir *infra*).

négligeable de bénéficiaires de jugements mal exécutés s'abstiennent, faute d'information ou en raison d'une lassitude bien compréhensible occasionnée par plusieurs années de contentieux, de mettre en jeu les moyens de pression mis à leur disposition.

Bien qu'il faille donc, à l'évidence, relativiser son ampleur, il n'en demeure pas moins que ce phénomène constitue une réalité palpable¹²¹³ et inacceptable pour des raisons tant idéologiques que pratiques : dans un pays qui se réclame de la philosophie de l'État de droit, l'administration se doit de donner l'exemple de la soumission à la légalité telle qu'elle résulte des décisions juridictionnelles. C'est donc à 100 % et non à 95 % qu'elle devrait exécuter ces dernières¹²¹⁴. En outre, les retards dans la prise des mesures pécuniaires rendues nécessaires par l'intervention d'un jugement entraînent souvent une charge supplémentaire pour les budgets publics, compte tenu du fait que les intérêts à verser le sont, en vertu de l'article 3 de la loi n°75-619 du 11 juillet 1975, au taux légal majoré de cinq points "à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision". Une enquête de l'Agence judiciaire du Trésor¹²¹⁵ a révélé qu'en moyenne, ledit délai de deux mois est largement dépassé dans 33 % des cas - la durée moyenne de règlement étant de deux ans ! -, et que les intérêts versés représentent 45 % des sommes finalement réglées¹²¹⁶.

I - Contours du phénomène

A. La mauvaise exécution des décisions de justice peut revêtir plusieurs formes

1 - Le cas le plus fréquent de mauvaise exécution des décisions de justice est constitué, on s'en doute, par l'exécution tardive¹²¹⁷. Deux hypothèses sont ici à distinguer :

a) Il ne s'agit parfois que d'une simple lenteur dans l'intervention des mesures à prendre¹²¹⁸. L'administration oublie - voire ignore - en effet assez souvent que l'exécution des décisions de justice doit être spontanée, et qu'il n'y a pas lieu d'attendre que le bénéficiaire du jugement la sollicite en ce sens

b) Dans d'autres cas, c'est déjà plus blâmable, l'autorité compétente "temporise" en déposant des conclusions à fin de sursis dans le seul but de faire entrave à l'exécution de la chose jugée¹²¹⁹.

¹²¹³ Voir notamment en ce sens J.-P. Costa, "L'exécution des décisions de justice", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, n° spécial cinquantième, p.227.

¹²¹⁴ Le rapport Bacquet précité, p. 487, souligne en outre que "l'image de la juridiction administrative peut être atteinte dans l'esprit du public par la révélation de tels ou tels cas qui, pour être isolés, n'en restent pas moins inexcusables".

¹²¹⁵ Cité par ce même Rapport, p.482.

¹²¹⁶ Pour des exemples précis concernant ce genre de situation, voir *Etudes et documents du Conseil d'État* 1990, n°42, p.133.

¹²¹⁷ Le rapport 1991 (précité, p.84) révèle en effet que la plupart des affaires dont est saisie la Section du rapport et des études sont réglées en moins d'un an, "ce qui montre qu'il s'agit plutôt de retards à l'exécution que de véritables refus d'exécuter" (impression corroborée par le rapport de 1994 (*Etudes et documents du Conseil d'État*, n°46), qui précise que 70 % des affaires sont traitées en moins de 6 mois !).

¹²¹⁸ Voir à titre d'exemple cette affaire dans laquelle un maire a mis 17 mois pour communiquer à un conseiller municipal, en exécution d'un jugement de tribunal administratif, un rapport intéressant la commune (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1990, n°42, p.136).

¹²¹⁹ Cette attitude est notamment dénoncée par le Rapport Bacquet précité, p.489. Elle se produit si fréquemment en pratique qu'une circulaire du Premier ministre en date du 13 octobre 1988 (J.O., 15/10/1988, p.13008 ; *Revue*

Pire encore, l'administration méconnaît souvent la règle selon laquelle l'appel des jugements des tribunaux administratifs n'est pas suspensif et, alors même qu'aucun sursis à exécution n'a été demandé, s'arroge le droit d'attendre jusqu'à ce que l'instance d'appel ait statué¹²²⁰. Ces manœuvres dilatoires ont pour effet d'allonger très notablement - de 30 mois en moyenne¹²²¹! - le délai d'exécution. Cela constitue donc une atteinte non négligeable à l'effectivité des jugements d'annulation.

2 - La deuxième "technique" de méconnaissance des décisions de justice se traduit par une "redoutable inertie", qui se manifeste notamment par la négligence à prendre les mesures qu'imposent certains jugements¹²²². Les autorités condamnées espèrent peut-être que le temps qui passe les dispensera de l'exécution à laquelle elles sont assujetties, mais c'est sans compter sur la règle qui veut que les décisions de justice ne souffrent pas de péremption.

3 - Dans d'autres affaires enfin a pu être relevée une mauvaise volonté délibérée et inexcusable, qui se traduit soit par un entêtement imperturbable¹²²³, même quand des sommes dérisoires sont en jeu¹²²⁴, soit, et c'est plus grave, en prenant postérieurement à la décision de justice devant être exécutée des initiatives y faisant obstacle¹²²⁵. Cette dernière attitude, à en croire le rapport 1991¹²²⁶, se résume de plus en plus souvent à l'intervention d'une nouvelle décision administrative identique à l'acte annulé. Cela a pour effet de contrarier l'action de la Section du rapport et des études qui, n'ayant pas compétence juridictionnelle, ne peut alors que conseiller aux requérants de saisir à nouveau le juge. Or, il apparaît que "de telles pratiques sont courantes en cas d'annulation des délibérations d'un jury d'examen, d'autorisation (...), de licenciement d'agents publics ou de sanctions prononcées à leur encontre, de délivrance ou de refus de

française de droit administratif 1988, p.932) a prié les différents ministres et leurs services de n'interjeter appel d'un jugement qu'en cas de "probabilité suffisante pour l'État d'être victorieux".

¹²²⁰ C'est par exemple l'attitude adoptée dans une affaire par le ministère de l'économie et des finances qui a informé la Section qu'il n'envisageait pas d'exécuter le jugement annulant une de ses décisions tant que le Conseil d'État ne s'était pas prononcé sur l'appel qu'il avait formé (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, n°41, p.124).

Plus généralement, sur ce phénomène, voir *supra*, les développements consacrés à la "légalité à éclipses" (Titre I, Sous-titre I).

¹²²¹ Selon l'enquête menée par l'Agence judiciaire du Trésor précitée.

¹²²² Ainsi par exemple, le Conseil d'État ayant annulé, le 4 juillet 1986, certaines dispositions d'un arrêté relatif à l'exercice du droit syndical au sein de l'éducation nationale, aucun nouvel arrêté n'était intervenu plus de trois ans après cette annulation (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, n°41, p.124).

Voir également l'affaire évoquée par le Rapport Bacquet précité, p.489, dans laquelle il a fallu vingt-six mois d'efforts à la Section du rapport et des études "pour qu'un ministère finisse par délivrer de nouveaux actes remplaçant ceux annulés par un tribunal administratif dont le jugement énonçait clairement dans ses motifs ce à quoi l'intéressé avait droit"

¹²²³ On peut citer le cas de cette municipalité qui préférerait, depuis de longues années, ne pas réintégrer sa secrétaire de mairie et se laisser condamner à lui payer une indemnité égale au traitement qu'elle aurait dû lui verser. Finalement, et malgré les pressions incessantes de la Section du rapport et des études, il aura fallu attendre que cette fonctionnaire atteigne l'âge de la retraite pour que la municipalité accepte de la "réintégrer" et de régulariser sa situation (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1986, n°37, p.203).

¹²²⁴ Voir par exemple ce refus d'un maire d'acquiescer à une employée une indemnité de 683,40 francs (*ibid.*, p.204).

¹²²⁵ Ce fut le cas dans une affaire où deux enseignants détachés à un lycée de Marseille avaient vu leur licenciement annulé, mais n'avaient pu être réintégrés dans la mesure où le ministère de la défense les avait remis directement à la disposition de leur administration d'origine, faisant ainsi échec à l'exécution correcte du jugement (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, n°40, p.125).

¹²²⁶ *Etudes et documents du Conseil d'État* 1991, n°43, p.88.

permis de construire"¹²²⁷. Dans ces diverses hypothèses, il est bien évident que l'onde de choc de l'annulation de l'acte ne peut correctement se diffuser, tous ses effets étant contrariés par l'édiction de la décision nouvelle dont le seul but est justement d'obvier à l'exécution du jugement initial.

B. Le "taux" d'inexécution fluctue au gré de plusieurs paramètres

1 - Il importe en premier lieu de souligner que ce sont les jugements des tribunaux administratifs et les arrêts des cours administratives d'appel qui sont les plus sujets à inexécution¹²²⁸. Cela s'explique notamment par le fait que ce sont les collectivités locales ou leurs établissements publics qui exécutent les décisions de justice de la façon la moins satisfaisante. Il s'agit là, d'ailleurs, des affaires les plus difficiles à régler, car elles s'inscrivent en général dans des contextes très conflictuels ; de plus, on se heurte à l'insuffisante formation juridique des personnes auxquelles incombe l'exécution, ainsi qu'à la légitimité qu'elles tirent, depuis 1982/1983, de leur élection, légitimité qui leur semble fréquemment prévaloir sur celle du juge¹²²⁹ !

2 - La répartition des réclamations par matières concernées a subi, ces dernières années, une nette évolution : le véritable "nid d'inexécutions" que constituaient les affaires de remembrement est en forte diminution, tandis qu'entrent en ligne de compte de nouvelles rubriques, telle celle relative au statut des étrangers. Subsistent toujours des domaines sensibles comme l'urbanisme, la chasse ou l'enseignement, pour ne citer qu'eux¹²³⁰. Il faut signaler ensuite les difficultés d'exécution de certains jugements qui, bien que très différents par leur objet, entraînent d'importantes conséquences sociales ou économiques¹²³¹. Une difficulté particulière s'attache enfin aux décisions à effet annuel, comme par exemple les arrêtés préfectoraux fixant, pour chaque saison, les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse, ou le refus d'admettre à l'école un enfant pour une année scolaire déterminée : si une telle mesure fait l'objet d'une annulation, rien ne s'oppose à ce que l'administration reprenne l'année suivante une décision identique, puisque l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à l'année considérée¹²³².

¹²²⁷ *Ibid.* ; le rapport cite à titre d'exemple deux affaires particulièrement significatives, l'une dans laquelle un maire a repris par trois fois le même permis de construire annulé, l'autre, à peu près similaire, mais cette fois en matière de licenciement d'un agent de service de la commune.

¹²²⁸ La Section du rapport et des études estime qu'ils représentent les 4/5 des affaires dont elle est saisie (Cf. *Etudes et documents du Conseil d'État* 1990, n°42, p.131).

¹²²⁹ On peut ici citer le cas d'un député-maire qui a répondu de bonne foi (?) à la Section du rapport et des études qu'il n'exécuterait pas un jugement rendu en défaveur de la commune "parce que le conseil municipal est souverain, parce que le peuple est souverain". Comme le note le rapporteur (*Etudes et documents du Conseil d'État* 1987, n°38, p.197), "c'est oublier que le juge administratif statue au nom du peuple français, et que l'obligation de se conformer aux lois (...) s'impose aux élus des collectivités".

Sur ce problème, voir en particulier A. Lercher, "L'Élu local, le juge administratif et la souveraineté", *Administration*, n°155, 1992, p.135.

¹²³⁰ Pour des illustrations de ces différents cas de figure, voir *Etudes et documents du Conseil d'État* 1990, n°42, p.134 et 135 ; et pour un état des lieux détaillé, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1994, n°46, p.227.

¹²³¹ Citons à titre d'exemple le cas d'un jugement annulant l'autorisation de réalisation d'une importante opération d'urbanisme.

¹²³² La Section du rapport et des études, tout en déplorant cet état de fait, ne peut que constater son impuissance à censurer "une décision juridiquement distincte" de la décision annulée (Cf. *Etudes et documents du Conseil d'État* 1990, n°42, p.135).

II - Importance du phénomène

Pour n'envisager que la saisine de la Section du rapport et des études, on peut souligner que, si le nombre de dossiers enregistrés en 1976 avoisinait la centaine, il a connu une augmentation

rapide et régulière¹²³³ pour culminer à 1304 affaires en 1994¹²³⁴. Il n'est pas interdit de penser que ce sont les efforts de publicité autour des procédures instituées pour faire pression sur les administrations peu promptes à exécuter les jugements rendus en leur défaveur qui ont conduit à cet accroissement notable des réclamations, et qu'aujourd'hui, ces mécanismes étant mieux connus, le nombre des réclamations est plus proche du taux global d'inexécution qu'il ne l'était au départ. Il n'en reste pas moins que le phénomène de la mauvaise exécution des décisions de justice n'est pas, loin s'en faut, en voie de disparition, et qu'il convient de poursuivre la lutte engagée contre lui, lutte "qui n'est rien d'autre que la bataille pour l'État de droit"¹²³⁵. Mais ce combat s'avère long et difficile eu égard à la profondeur des racines du mal.

Paragraphe 2. Les causes de l'inexécution

Elles sont de trois types bien distincts :

I - Le premier se compose des cas dans lesquels l'administration ignore en quoi consiste l'exécution correcte du jugement qui la condamne. Il n'est pas toujours aisé en effet pour l'autorité compétente, devant la brièveté de certaines décisions rendues par le juge administratif, de déterminer avec exactitude quelles sont les suites à leur donner. Le problème s'avère particulièrement aigu en matière d'annulation¹²³⁶, la remise en état de la situation - reconstitution de carrière notamment - pouvant soulever de nombreuses difficultés pratiques alors même que l'administration est disposée à se soumettre à la chose jugée¹²³⁷.

II - Moins excusable apparaît la négligence affichée par l'administration dans la conduite de certaines affaires n'engendrant pas de difficultés notables. Ce comportement, dénoncé périodiquement par les rapports annuels de la Section du rapport et des études¹²³⁸, aboutit parfois à des situations ubuesques à l'image de cette affaire où le ministre de l'Intérieur, ayant omis de faire appel d'un jugement qui annulait son refus implicite de communiquer un dossier que son département ministériel ne détenait pas, s'est vu poursuivre par le requérant pour inexécution de la chose jugée¹²³⁹.

¹²³³ Plus de 200 dossiers en 1978, de 300 en 1981, de 400 en 1984 etc.

Pour plus de précisions, voir les statistiques publiées chaque année aux différents *Etudes et documents du Conseil d'État*.

¹²³⁴ Cf. rapport *Etudes et documents du Conseil d'État* n°46, précité, p.226.

¹²³⁵ Selon l'expression employée par M. Braibant lors du colloque sur l'exécution des décisions de justice par les collectivités locales organisé à Douai le 30 septembre 1992 (Cf. les actes dactylographiés dudit colloque, p.14).

¹²³⁶ Les jugements rendus en excès de pouvoir constituent d'ailleurs la grande majorité des décisions faisant l'objet d'une "réclamation en exécution" devant la Section du rapport et des études. Cf. les statistiques annuelles publiées aux différents *Etudes et documents du Conseil d'État*.

¹²³⁷ Cf. Rapport Bacquet précité, p.489.

¹²³⁸ Cf. en particulier *Etudes et documents du Conseil d'État* 1991, n°43, p.87.

¹²³⁹ *Ibid.*

III - La dernière cause d'inexécution a déjà été évoquée : il s'agit du mauvais vouloir manifeste. L'administration, mécontente de la décision juridictionnelle rendue en sa défaveur rechigne à s'y plier¹²⁴⁰, voire estime pouvoir s'en dispenser. Ce comportement, sans nul doute le plus condamnable, ne trouve pas sa place dans une démocratie fondée sur le respect du droit.

L'action de l'administration peut donc parfois contrarier la pleine portée d'une annulation juridictionnelle, du fait d'une mauvaise exécution impardonnable du jugement qui la décide. Mais il est d'autres cas dans lesquels la puissance publique exécute en toute bonne foi, et de façon irrémédiable, un acte dont l'illégalité est censurée par le juge de l'excès de pouvoir : nous voulons parler de la mise en œuvre de l'acte antérieure au prononcé de son annulation. Cette situation se rencontre hélas très fréquemment du fait de la lenteur qui caractérise la justice administrative ; elle constitue le troisième type de limitations des effets de l'annulation subies par le juge, qui n'est plus cette fois le fruit d'une volonté quelconque, mais le produit d'un défaut structurel de l'organisation des tribunaux.

SECTION 3. DE PAR L'IMPOSSIBILITE STRUCTURELLE DE STATUER RAPIDEMENT

"La justice, pour remplir correctement sa mission de service public et répondre aux attentes de ses usagers, doit (...) statuer dans des délais raisonnables"¹²⁴¹. Ce facteur temps conditionne en effet la plus ou moins grande efficacité des jugements rendus, et contribue au fait qu'un ordre de juridiction fonctionne bien ou mal¹²⁴². Aussi le juge administratif devrait-il statuer avec une célérité suffisante, afin de ne pas compromettre l'effectivité de ses décisions et répondre de façon satisfaisante à l'attente des justiciables qui l'ont saisi. Il y est d'ailleurs plus qu'incité par la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 6 garantit à chacun le droit de voir les litiges le concernant examinés dans un délai raisonnable. Hélas, il est notoire que les délais des jugements qu'il est amené à rendre dépassent très fréquemment le seuil tolérable. Après avoir étalonné le phénomène et en avoir cherché les causes, on montrera en quoi il contribue à relativiser les effets drastiques traditionnellement reconnus aux annulations.

Paragraphe 1. Approche objective de la lenteur de la juridiction administrative

La lenteur de la juridiction administrative a depuis bien longtemps été fustigée par diverses études ou rapports officiels¹²⁴³ ; c'est sur le dernier en date¹²⁴⁴ que nous nous appuierons ici, pour à la fois décrire l'ampleur du phénomène et en dénoncer les causes.

¹²⁴⁰ Pour un "bel exemple d'inexécution délibérée par l'administration d'un jugement", voir A. Holleaux, "Les juges et l'urbanisme", *Les petites affiches* 11/01/1991, n°5, p.12.

¹²⁴¹ D. Lochak, "Quelle légitimité pour le juge administratif ?", *Droit et Politique*, 1993, p.146.

¹²⁴² Voir notamment : A. Marion, "Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier", *Pouvoirs* 1988, n°46, 21 s.

¹²⁴³ Elle est mentionnée pour la première fois dans un rapport adressé par le Garde des Sceaux au Président de la République le 7 décembre 1878 !

¹²⁴⁴ Rapport de la commission d'enquête du Sénat sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, remis par M. J. Arthuis le 10/06/1992 ; Doc. Sénat, n° 400.

I - Mesure de la lenteur

A. Evaluation chiffrée

A la lecture du rapport sus-évoqué, nous obtenons la confirmation de ce que, depuis que le contentieux administratif est devenu un contentieux de masse¹²⁴⁵, le juge n'a plus les moyens de statuer dans des délais raisonnables : plus la demande en justice croît -ce qui n'a cessé d'être le cas depuis 1976, tant devant les tribunaux administratifs que devant le Conseil d'État-, plus les délais de jugement s'allongent. Ce phénomène n'est certes pas sans précédent : au lendemain de la Libération, le Conseil d'État se trouvait déjà surencombré du fait notamment de l'intervention accrue de l'État dans la société¹²⁴⁶, et il avait fallu la réforme de 1953, transformant les Conseils de préfecture en tribunaux administratifs, pour remédier à cet état de fait. Mais des effets positifs de cette réforme, vingt-cinq ans plus tard, ne demeurait guère qu'un souvenir : avant 1987 et la création des Cours administratives d'appel, la durée moyenne de première instance s'estimait à 2 ans et 3 mois, alors que l'appel exigeait pour sa part 3 ans et 5 mois ; le stock des affaires en attente devant le Conseil d'État avait presque à nouveau atteint le chiffre de 1953 - 23 577 affaires contre 26 000 -, et, ce qui semble beaucoup plus grave, le nombre des dossiers en instance devant les différents tribunaux administratifs culminait pour sa part à 98 057¹²⁴⁷ ! Et nous serons amenés à constater que la réforme de 1987, si elle a quelque peu amélioré la situation, n'a pas, loin de là, solutionné le problème¹²⁴⁸.

B. Evaluation concrète

Au delà de ces estimations statistiques déjà élevées, il n'est pas rare de rencontrer des situations abusives dans lesquelles les délais de jugement s'avèrent intolérables. Pour n'en prendre qu'un seul - et récent¹²⁴⁹ - exemple, on peut citer l'affaire qui a donné lieu à la première condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 6 déjà évoqué¹²⁵⁰. Le requérant après avoir été hospitalisé dans un établissement psychiatrique, n'avait pu reprendre son travail à l'Education nationale. Il attaqua en 1974 le refus d'indemnisation qui lui avait été opposé, et sa demande fut rejetée une première fois par le Tribunal administratif de Strasbourg en 1978, puis en appel par le Conseil d'État en 1981¹²⁵¹. Saisie à son tour, la Cour de Strasbourg déclara le recours recevable et estima que le temps mis par le tribunal de première instance (à savoir 4 ans et trois mois), au contraire de celui qu'avait nécessité l'appel (à peine plus de trois ans), était excessif, l'affaire ne présentant pas un caractère particulièrement complexe ; le requérant se vit en conséquence accorder des dommages-intérêts

¹²⁴⁵ Ce notamment depuis l'explosion enregistrée dans la deuxième partie des années 70.

¹²⁴⁶ Voir l'étude de M. Liet-Veaux, "La justice administrative au ralenti", *Dalloz* 1948, chron. p.133.

¹²⁴⁷ Chiffres extraits de l'article de J. Waline "La réforme de la juridiction administrative : un tonneau des Danaïdes ?", in *Mélanges J.-M. Auby*, p. 347 s.

Pour un état détaillé des stocks existant devant les diverses juridictions administratives, voir Rapport J. Arthuis précité, p.23 s.

¹²⁴⁸ Cf. *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

¹²⁴⁹ Pour des exemples plus anciens -et particulièrement explicites- voir L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J. 1964, p.338 : ainsi de ce particulier qui avait dû attendre 34 ans pour apprendre ... qu'il avait actionné le mauvais ordre de juridiction !

¹²⁵⁰ C.E.D.H., 24 octobre 1989, H c/ France, chambre C, série A, n° 162-A.

¹²⁵¹ La durée totale de l'instance avait été de 7 ans et 7 mois.

Il ne s'agit pas pour autant d'un chiffre record, certaines instances excédant les dix ans (comme par exemple cette autorisation administrative de licenciement accordée le 3 mars 1981 et annulée par le Conseil d'État le 13 novembre 1991 (cité par le rapport 1992 précité).

pour préjudice moral. L'issue de cette affaire, qui peut paraître symbolique, démontre cependant la nécessité dans laquelle se trouve la juridiction administrative française de renverser la tendance, ce que souligne d'ailleurs le libellé de l'arrêt qui appelle l'État français à prendre les mesures qui s'imposent.

II - Origines de la lenteur

On a déjà évoqué l'explosion des demandes en justice enregistrée à partir du milieu des années 70, phénomène qui n'est d'ailleurs pas propre au seul contentieux administratif. Selon le rapport Arthuis, cet accroissement spectaculaire résulte tant de la progression de contentieux traditionnels (urbanisme, fonction publique, étrangers etc.) que de l'émergence de contentieux nouveaux (agrément préalable à l'adoption des mineurs ou fédérations sportives pour ne citer qu'eux)¹²⁵². Hormis ce facteur, d'autres éléments ont été mis en avant qui peuvent en partie expliquer la sclérose et la lenteur corrélative qui affectent la justice administrative :

A. L'inadaptation des moyens

1 - Il faut tout d'abord souligner l'insuffisance de moyens matériels qui caractérise la quasi totalité des juridictions administratives. Le Rapport sénatorial dénonce "la situation dramatique de certains tribunaux administratifs" dont les locaux s'avèrent inadaptés, et pour lesquels l'insuffisance de la dotation budgétaire conduit à un "sous-équipement", en particulier sur le plan informatique. Quant au Conseil d'État, il semble se situer "entre archaïsme et modernité"¹²⁵³. Pour ce dernier, des problèmes de locaux, de secrétariat et de stockage des dossiers sont montrés du doigt.

2 - Cette carence initiale se double d'une inquiétante faiblesse d'effectifs, due à une gestion catastrophique, durant de nombreuses années, du corps des magistrats des tribunaux administratifs et à une désaffection de ce corps au sein de la haute fonction publique, du fait essentiellement, semble-t-il, d'un statut peu attractif¹²⁵⁴. Ce déficit en personnel se fait notamment cruellement ressentir au niveau des greffes. Parallèlement, l'insuffisance du nombre des sténodactylos entraîne des délais de notification des jugements parfois inacceptables, excédant souvent les six mois¹²⁵⁵.

B. L'inadaptation des méthodes de travail

S'agissant des méthodes de travail, il convient de souligner l'inadaptation de celles-ci à la réalité du contentieux actuel. Le rapport du 10 juin 1992 va même jusqu'à les qualifier d'"archaïques"¹²⁵⁶. A leur niveau, deux facteurs de retard peuvent être identifiés :

¹²⁵² Rapport précité, p.21 s.

Au delà de cette approche objective, on impute généralement cette augmentation du contentieux à de nombreux phénomènes tels que l'amélioration croissante de l'information des citoyens sur leurs droits, l'adoption, dans de nombreux domaines, de législations protectrices de ceux-ci, l'instabilité juridique résultant de l'inflation de textes applicables, etc.

¹²⁵³ Rapport Arthuis, p.91 s.

¹²⁵⁴ Pour plus de détails et de précisions, *ibid.*, p.94 s.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p.109.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p.106.

1 - Les facteurs inhérents au seul juge

Parmi ceux-ci, il faut d'abord signaler la faiblesse de la fonction documentaire au sein de la juridiction administrative, qui astreint les magistrats à gaspiller énormément de temps pour effectuer eux-mêmes les recherches, avec tout ce que cela sous-entend comme photocopies, coups de téléphone, etc.¹²⁵⁷ L'accent peut être ensuite mis sur la lourdeur de l'emploi du temps de nombreux magistrats, liée en particulier au fait qu'on leur impose une participation à des organismes extérieurs tels que de nombreuses commissions consultatives, ce qui représente environ le tiers du temps de leur travail annuel ; cela se combine souvent avec des fonctions extérieures facultatives (rédaction de rapports, enseignement, etc.).

2 - Les facteurs inhérents tant à l'administration qu'au juge

Sont ici en cause les délais excessifs de communication des pièces constitutives des dossiers - notamment des mémoires complémentaires- que s'octroient le plus souvent les différentes administrations, phénomène de nature à nuire à la "loyauté du débat contentieux"¹²⁵⁸. Le juge administratif détient la possibilité de sanctionner le dépassement par les parties des délais de communication qu'il fixe, au moyen de tout un arsenal de mesures - désistement d'office, présomption irréfragable d'acquiescement aux faits...¹²⁵⁹ - fixé par les textes et récemment renforcé¹²⁶⁰, comme l'avaient souhaité certains praticiens¹²⁶¹. Hélas, les tribunaux des différents degrés ne semblent user de ces pouvoirs qu'avec parcimonie, faisant à cet égard preuve de "coupables indulgences" envers l'administration¹²⁶².

C. L'inadaptation de la conception même du travail

Dans un article publié en 1988 à la revue "Pouvoirs" sous un pseudonyme, un membre du Conseil d'État avait dénoncé les effets pervers de ce qu'il appelait le "Zéro fault system" que pratique la justice administrative en général, et le Conseil d'État en particulier. Cela consiste à tenter d'éviter toute erreur "par une extrême rigueur dans l'examen des dossiers d'un bout à l'autre de la procédure contentieuse"¹²⁶³. L'auteur étayait ses dires en énumérant les différentes phases de ladite procédure, dans laquelle la seule instruction antérieure au jugement proprement dit comporte quatre étapes, et ce tant pour les affaires complexes que pour les dossiers ne posant aucun problème particulier. Devant cette "débauche d'énergie" qui s'enrichit du fait que les formations de jugement varient entre cinq et treize membres, M. Marion concluait : "Le Conseil d'État dépérit de faire de la haute couture là où, devant l'afflux croissant des affaires, il faudrait du prêt-à-porter"¹²⁶⁴. Faisant écho à cette constatation, le rapport Arthuis¹²⁶⁵ déplore à

¹²⁵⁷ Voir notamment sur ce point A. Marion, *art. cit.* p.28.

¹²⁵⁸ Cf. B. Odent, "L'avocat, le juge et les délais", in *Mélanges R. Chapus*, p.483 s.

¹²⁵⁹ Pour plus de détails sur ces procédures, Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°729 s.

¹²⁶⁰ Cf. le décret n°92-245 du 22/01/1992.

¹²⁶¹ Voir notamment S. Hubac et Y. Robineau, "Droit administratif : vues de l'intérieur", *Pouvoirs* 1988, n°46, p.123.

¹²⁶² Voir sur ce point A. Marion, *art. cit.* p.29.

¹²⁶³ *Ibid.*, p.22.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p.27.

¹²⁶⁵ Rapport précité, p.82.

son tour que la procédure soit globalement indifférenciée par rapport à la complexité des affaires, et souhaiterait voir le juge administratif, même si cela est contraire à son habitude, profiter au maximum des réformes qui lui permettent de statuer seul¹²⁶⁶. C'est à ce seul prix que "le dogme de l'infailibilité jurisprudentielle"¹²⁶⁷ ferait place à une justice plus fonctionnelle et par là même plus efficace, dans la mesure où le temps mis à statuer, notamment en matière d'excès de pouvoir, s'oppose bien souvent à une complète exécution de la chose jugée.

Paragraphe 2. Conséquences de la lenteur de la juridiction administrative sur l'effectivité des annulations

Les conséquences de la lenteur excessive de la juridiction administrative ne peuvent être que désastreuses, même si ce phénomène présente parfois de légers avantages¹²⁶⁸. Un laps de temps trop important entre l'engagement de l'instance et le prononcé du jugement constitue en effet un encouragement à ne pas respecter le droit, tant en amont du contentieux (l'incertitude qui pèse sur la durée d'une instance conjuguée à la perspective des frais à supporter pour mener à bien une longue procédure, étant, de l'avis même de certains avocats¹²⁶⁹, de nature à dissuader quelques requérants, pourtant victimes d'une erreur de droit, d'engager une procédure juridictionnelle¹²⁷⁰) qu'en aval de celui-ci¹²⁷¹. Mais il y a plus grave : la lenteur des procès contribue souvent au phénomène de l'inexécution des décisions de justice, en conférant à certains actes qui devraient théoriquement subir le contrecoup d'une annulation une intangibilité de fait. Va se combiner en effet au phénomène étudié le privilège du préalable dont bénéficie l'administration, ce qui confère à cette dernière un pouvoir injustifiable de contournement des décisions de justice, et plus particulièrement des décisions d'annulation, s'agissant des réalisations matérielles effectuées sur la base d'un acte finalement censuré pour excès de pouvoir.

¹²⁶⁶ Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

¹²⁶⁷ L'expression est empruntée à A. Marion, *art. cit.* p.26.

¹²⁶⁸ On a pu ainsi parler de l'incontestable "effet apaisant" de l'allongement des délais, et de la possibilité qu'il induit, pour les parties, d'engager des négociations (Cf. B. Odent, *art. cit.*, p.489).

¹²⁶⁹ *Ibid.* p.484.

¹²⁷⁰ Roland Drago a très justement écrit à ce propos que "l'urgence est l'âme des procès. Si une partie intente une action devant le juge, c'est parce qu'elle en espère une solution rapide" (préface de la thèse d'O. Dugrip, citée *infra*). Dans la mesure où le justiciable potentiel est dissuadé d'agir en justice par la perspective d'une interminable procédure, l'administration coupable échappe ainsi à toute sanction. A l'inverse, certains requérants "passionnés de procédure" -il en existe- et qui n'ont cure des délais dans lesquels leurs demandes, parfois abusives, seront examinées, participeront à l'engorgement du système.

¹²⁷¹ M. J. Waline (*art. cit.*, p.348) a effectué un parallèle bienvenu avec la théorie pénaliste de l'"exemplarité" de la peine, qui veut que le châtement infligé soit le plus rapproché possible de la commission de l'infraction. Or, les retards très importants enregistrés par les juridictions favorisent l'impunité des différents hommes politiques ou agents administratifs qui se trouvent à l'origine d'opérations entachées d'illégalité : lorsqu'intervient la sanction juridictionnelle, les responsables -ministres, élus, fonctionnaires etc.- sont le plus souvent affectés à d'autres tâches, et la constatation de l'illégalité de l'acte n'emportera à leur encontre aucune sanction, ni politique, ni professionnelle, ni patrimoniale.

I - L'acte annulé a souvent reçu exécution avant sa censure

Lorsqu'intervient l'arrêt qui prononce définitivement la censure d'un acte contesté - attendue quelquefois depuis de nombreuses années -, il n'est pas rare que l'opération administrative envisagée par la décision irrégulière soit arrivée à terme, puisque rien ni personne n'a contraint l'autorité responsable à en suspendre l'exécution.

A. Il s'agit là de la conséquence logique du principe de l'effet non suspensif des recours - qu'ils soient administratifs ou juridictionnels - qui permet à l'autorité compétente d'exécuter valablement un acte faisant pourtant l'objet d'une contestation contentieuse¹²⁷². Ce privilège indéniable octroyé à l'administration est directement lié à la présomption de légalité qui, par hypothèse, s'attache aux décisions administratives : dès leur entrée en vigueur, ces dernières s'intègrent à l'ordre juridique et s'imposent aux agents comme aux administrés¹²⁷³, et cela alors même qu'elles seraient affectées d'une illégalité flagrante¹²⁷⁴. Il faut admettre en effet que "cette présomption de légalité n'aurait guère de signification, si le simple exercice d'un recours était susceptible de suspendre, en règle générale, la force exécutoire des actes administratifs"¹²⁷⁵. C'est pourquoi le principe qui nous intéresse revêt une portée aussi générale, dépassant celle des textes qui le consacrent¹²⁷⁶, et ne souffre que d'exceptions somme toute limitées¹²⁷⁷.

B. Rappelons de surcroît que l'effet non suspensif des recours se double parfois d'une prérogative que s'arrogue l'administration : lorsque une annulation est prononcée en premier ressort à l'encontre d'un de ses actes, l'effet non suspensif non plus des recours mais de l'appel devrait bénéficier normalement, à l'inverse du premier, au justiciable en conflit avec l'administration, puisque la censure, même provisoire, devrait produire ses pleins effets jusqu'à aboutissement de la voie de droit. Or, on a vu comment l'autorité administrative s'affranchissait parfois de cette contrainte, et s'autorisait à continuer d'exécuter la décision censurée tant que le juge d'appel ne s'était pas prononcé¹²⁷⁸. Il peut s'agir d'ailleurs, ici encore, d'un effet pervers des retards imputables aux différentes juridictions, notamment en appel : craignant de voir la réalisation de l'opération envisagée repoussée à une date trop lointaine, les responsables n'hésitent pas à poursuivre l'exécution de celle-ci malgré la décision des premiers juges, et sans attendre le résultat de l'appel qu'ils ont interjeté¹²⁷⁹.

¹²⁷² "Les décisions exécutoires de l'administration, dès qu'elles sont émises, (...) créent ou modifient des situations juridiques. Il y a là un fait dont il faut bien se rendre compte. L'effet de droit que tend à produire la manifestation de volonté administrative contenue dans la décision exécutoire se produit instantanément par la seule émission de cette volonté. Obéissance immédiate est due, en principe, aux décisions, aux mesures d'exécution et à l'ensemble des opérations de l'administration ; les réclamations ou les recours des intéressés ne sont point, par eux-mêmes, suspensifs de l'exécution" (Hauriou, *Précis de droit administratif*, p.362).

¹²⁷³ Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t.I, n°1167 ; Cf. également J. Chevallier, "Le droit administratif, droit de privilège ?", *Pouvoirs* 1988, n°46, p.61.

¹²⁷⁴ On peut également voir dans cette règle une conséquence du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active car, "si le recours était doté de l'effet suspensif, la saisine du juge suspendrait automatiquement l'action administrative. L'application de la décision dépendant ainsi de lui, le juge serait amené à faire acte d'administrateur (...)" (O. Dugrip, "Mesures conservatoires et effet suspensif dans la procédure administrative", *Cahiers de l'Institut de Droit européen des Droits de l'Homme*, 1995, n°4, pp. 3 s. et plus particulièrement p.9).

¹²⁷⁵ R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°346.

¹²⁷⁶ Article 48 de l'ordonnance du 31/07/1945 pour le Conseil d'État ; article R.118 du Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel.

¹²⁷⁷ Pour leur énumération, voir R. Chapus, *op. cit.* n°347 s.

¹²⁷⁸ Cf. *supra*, Titre I, Sous-titre I.

¹²⁷⁹ Les exemples de cette situation sont nombreux.

II - L'exécution de l'acte annulé s'avère parfois irrémédiable

La tardiveté des jugements, combinée au fait que l'administration, grâce au principe de l'effet non suspensif des recours ou à cause de sa réticence à attendre l'issue d'une procédure d'appel, puisse continuer l'exécution de l'action litigieuse, permet assez souvent la constitution de situations irréversibles. Certes, l'effet rétroactif qui s'attache normalement à l'annulation voudrait que ce qui a pu être réalisé sur la base de la décision irrégulière soit effacé, et les choses remises en l'état dans lequel elles se trouvaient avant le commencement de l'opération litigieuse. Mais il n'est pas rare que cet objectif se heurte à des difficultés, voire à des obstacles impossibles à surmonter ; la censure juridictionnelle de l'acte illégal équivaudra de ce fait à un "acte gratuit"¹²⁸⁰. On assiste ainsi à une "victoire du fait sur le droit"¹²⁸¹, l'annulation "platonique"¹²⁸² prononcée par le juge n'impliquant éventuellement qu'une allocation de dommages-intérêts à la personne qui la poursuivait. Deux types d'obstacles à la rétroactivité de l'annulation sont envisageables :

A. Les obstacles matériels à l'effacement de l'exécution

Ce sont parfois des considérations de pur fait qui empêchent l'administration de revenir en arrière. Prenons le cas dans lequel, en vertu d'une autorisation administrative illégale, un bien irremplaçable a été détruit. La rétroactivité de principe de la décision d'annulation se heurte à la réalité palpable, à la disparition effective du bien qui devrait être théoriquement effacé. Il en va de même, par exemple, pour le candidat irrégulièrement évincé d'un concours, et qui obtient l'annulation du refus qui lui a été opposé après un délai tel qu'il sera matériellement impossible de remédier à la situation, les épreuves s'étant depuis longtemps déroulées¹²⁸³. La célérité avec laquelle intervient le juge acquiert ici une importance toute particulière¹²⁸⁴.

B. Les obstacles juridiques à l'effacement de l'exécution : l'exemple de l'annulation du permis de construire

Dans d'autres hypothèses, la remise en l'état n'est pas, à l'inverse de la situation précédente, conceptuellement impossible, mais des obstacles juridiques vont s'opposer à sa réalisation. Ces derniers résultent en général de considérations d'opportunité, mais aussi parfois

Voir par exemple, s'agissant de la fameuse affaire du pont de l'île de Ré, la note J. Morand-Deville sous l'arrêt C.A.A. Bordeaux du 20/11/1990, *Les petites affiches* 6/02/1991, n°16, p.15.

¹²⁸⁰ Cf. J. Waline, *art. cit.*, p. 348.

¹²⁸¹ Selon l'expression de M. Weil, *op. cit.* p.212.

¹²⁸² Cf. conclusions Romieu précitées sur C.E., 4/08/1904, Martin, *Lebon* p.749.

¹²⁸³ Un autre exemple caricatural mais révélateur de ce type de situation a été fourni par G. Braibant dans son manuel de droit administratif (p.521) : le Conseil d'État avait connu d'une affaire concernant un agent public révoqué alors qu'entre-temps, le pays d'origine de ce fonctionnaire ayant accédé à l'indépendance, il était devenu ... ministre de la Fonction publique.

¹²⁸⁴ Cette prédominance du fait accompli sur la fiction de la rétroactivité d'une annulation peut être rapprochée de la théorie des "situations de fait entièrement révolues" interdisant la régularisation d'une voie de fait qui a déjà produit tous ses effets : Cf. T.C., 25/05/1950, Société d'encouragement aux courses de lévriers, p.662 ; et note Lemerrier sous T.C., 22/11/1951, Boisson, *Sirey* 1952, III, p.112.

d'une certaine "révérence" du juge envers l'administration¹²⁸⁵. On se servira ici de l'illustration la plus parlante de ce type d'obstacle, qui se situe sans conteste en matière de construction d'immeubles : si celle-ci a été permise par l'édition d'un acte (le plus souvent un permis de construire) dont l'illégalité est par la suite reconnue par le juge de l'excès de pouvoir, il ne semble pas théoriquement insurmontable de procéder à une exécution intégrale de la chose jugée, qui passe par la démolition de la construction irrégulière. Cependant, devant les divers inconvénients pratiques que susciterait une solution si radicale, quelques règles et usages juridiques ont permis qu'il n'en soit pas souvent ainsi. Deux situations se distinguent :

1 - Lorsque la construction illégale présente le caractère d'un ouvrage public

a) Le principe d'indestructibilité

* La règle qui joue ici veut qu'un tel ouvrage ne puisse être démoli.¹²⁸⁶ "Ouvrage public mal planté ne se détruit pas", dit-on, et le Tribunal des conflits veille à ce que le juge judiciaire fasse une application aussi stricte de l'adage que celle que pratique le juge administratif : "il n'appartient en aucun cas au juge de prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte sous quelque forme que ce soit à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public"¹²⁸⁷.

* Ce principe repose pourtant sur des fondements juridiques incertains¹²⁸⁸ ; il semble en outre ne devoir jouer que pour limiter les pouvoirs du juge (notamment ceux du juge judiciaire, car, pour ce qui est de l'ordre juridictionnel administratif, il est englobé dans le refus d'adresser des injonctions à l'administration¹²⁸⁹), et non ceux de l'administration elle-même, qui peut toujours détruire un ouvrage ne satisfaisant plus l'intérêt général¹²⁹⁰. De surcroît, il paraît aujourd'hui perdre un peu de sa rigueur traditionnelle, bien qu'il soit trop tôt pour en annoncer le déclin¹²⁹¹.

¹²⁸⁵ Cf. A. Marion, *art. cit.* p.25 : celui-ci dénonce la prudence trop fréquente dont fait preuve le juge administratif même en matière de plein contentieux, ne faisant exception que pour le contentieux fiscal, "domaine très spécifique où le juge administratif pratique depuis longtemps la reconstitution des situations avant erreur fiscale".

¹²⁸⁶ Cf. notamment C. Blaevoet, "De l'intangibilité des ouvrages publics", *Dalloz* 1965, chron. p.241.

¹²⁸⁷ T.C., 6/02/1956, Consorts Sauvy, p.586.

Seules de très légères entorses à la règle -concernant notamment les installations électriques- sont tolérées.

¹²⁸⁸ Cf. conclusions H. Toutée sur C.E., S., 19/04/1991, Epoux Denard, Epoux Martin, *Revue française de droit administratif* 1992, p.59.

Une des atteintes récentes les plus spectaculaires résulte d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation privant le principe d'intangibilité d'une vertu originale qui lui était reconnue, celle de pouvoir provoquer un transfert forcé de propriété (théorie de l'expropriation indirecte) : Cf. 6/01/1994, Consorts Baudon de Mony c/ E.D.F. ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.339, note R. Hostiou ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, p.413, commentaire P. Sablière ; et p.424, rapport O. Renard-Payen, conclusions M. Jeol, note D.T. (l'implantation de barrages hydro-électriques sur les terrains des requérants ne s'oppose pas, après annulation de la vente, au retour desdits terrains dans leur patrimoine).

¹²⁸⁹ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

¹²⁹⁰ Cette possibilité doit être déduite de la jurisprudence permettant à l'administration de préférer au paiement d'une indemnité en réparation du préjudice causé par un ouvrage public la destruction ou le déplacement de celui-ci.

Cf. C.E., 10/03/1905, Berry et Chevallard, p.255 ; et plus récemment C.E., 21/01/1976, Commune de Margon, p.1080.

¹²⁹¹ Sur ce point, voir, suite à l'arrêt époux Dénard et Martin précité, J.-P. Maublanc, "La fin d'un mythe "ouvrage public mal planté ne se détruit pas" ?", *Revue française de droit administratif* 1992, p.65 ; et note G. Teboul, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.563.

b) Explications du principe d'indestructibilité

Il convient de se demander pourquoi le juge a entendu poser une telle règle. Deux justifications sont traditionnellement avancées : l'intérêt général, privilégié par Laferrière, qui s'oppose à ce que soit remis en cause un ouvrage qui le sert ; et l'intérêt financier, souligné par Aucoc, s'appuyant sur la dépense inutile que constituerait la destruction d'ouvrages que l'administration rétablirait aussitôt¹²⁹².

* La première de ces considérations paraît assurément légitime, mais elle ne devrait pas empêcher le juge administratif de pratiquer un arbitrage entre l'intérêt que présente l'ouvrage pour les administrés et les intérêts - publics ou privés - qui s'opposent à sa survie. C'est d'ailleurs sur ce terrain que se dessine une évolution, puisque le juge n'hésite plus à contrôler l'erreur manifeste d'appréciation que pourrait commettre l'autorité administrative qui oppose un refus de destruction d'un ouvrage public à une requête en ce sens émanant d'un administré¹²⁹³.

* Reste la seconde raison, fondée sur des considérations d'opportunité. Il semble bien que la retenue du juge trouve ici sa source : son but est d'éviter que l'administration ne subisse une trop grande gêne, en particulier sur le plan financier, gêne que ne manquerait pas d'engendrer une application stricte des règles traditionnelles gouvernant les conséquences des annulations pour excès de pouvoir. Cela se vérifie avec une particulière acuité lorsqu'ont été menés des travaux d'une très grande ampleur, comme par exemple la construction du pont de l'île de Ré¹²⁹⁴ ou la réalisation d'une station de ski¹²⁹⁵. L'atteinte portée au principe de légalité est alors considérée comme définitivement acquise, les constructions n'étant, quelle que soit leur illégalité, jamais remises en cause. Et "la capitulation du droit devant le fait accompli"¹²⁹⁶ est d'autant plus totale que les collectivités fautives échapperont le plus souvent à l'engagement de leur responsabilité, les conditions exigées à cette fin étant difficiles à remplir¹²⁹⁷.

Cette vision des choses, qui fait prévaloir des considérations d'opportunité sur la stricte logique de la rétroactivité, semble corroborée par l'attitude des différentes juridictions envers les constructions privées irrégulières car fondées sur une autorisation administrative illégale.

¹²⁹² Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. II, n° 607.

¹²⁹³ Cf. arrêt Epoux Denard et Martin, éclairé par les conclusions de H. Toutée précitées.

¹²⁹⁴ J. Morand-Deville considère d'ailleurs le principe d'intangibilité des ouvrages publics comme "particulièrement bien adapté à un enjeu (...) de cette envergure".

¹²⁹⁵ Pour un exemple concret, voir note H. Ruiz-Fabri sous C.E., 4/04/1990, S.I.V.O.M. du canton d'Accous, *La Revue administrative* 1991, p.332.

¹²⁹⁶ Selon l'expression de R. Chapus, *Droit administratif général*, t.II, n°607.

¹²⁹⁷ Cf. notamment H. Périnet-Marquet, "L'inefficacité des sanctions du droit de l'urbanisme", *Dalloz* 1991, chr. p.41 ;

et, pour une illustration, conclusions M. de Malafosse sur C.A.A. Bordeaux, 20/11/1990, *Les petites affiches*, 6/02/1991, n°16, p.17.

2 - Lorsque la construction illégale ne présente pas le caractère d'un ouvrage public

Dans cette hypothèse, aucun principe ne s'oppose a priori à la *restitutio in integrum*, mais celle-ci n'est pratiquement jamais accordée par le juge :

a) La régularisation éventuelle de la situation

L'administration dispose parfois de la possibilité de régulariser l'acte annulé, en particulier lorsque le juge a sanctionné un vice de forme¹²⁹⁸. De même, il peut arriver, du fait de la tardiveté d'intervention de la décision juridictionnelle, qu'entre la date d'édiction de l'acte administratif litigieux et celle du jugement, les règles d'urbanisme aient été modifiées et permettent désormais l'existence de la construction qui aurait normalement dû disparaître à la suite de l'annulation prononcée¹²⁹⁹. Cette dernière devient alors sans portée et les tiers lésés ne pourront obtenir qu'une réparation pécuniaire, ce qui ne constitue à l'évidence qu'un "pis-aller" difficile de surcroît à mettre en œuvre, la peur du "coût d'une indemnisation systématique" ayant conduit le juge et le législateur à adopter des règles restrictives en la matière¹³⁰⁰.

b) La quasi impossibilité d'obtenir la destruction de la construction illégale

Même dans les cas où la régularisation s'avère impossible¹³⁰¹, l'annulation n'emporte pas nécessairement la mise à néant des constructions irrégulièrement édifiées. C'est ici la seule pratique juridictionnelle qui va empêcher que soient systématiquement démolis de tels immeubles. Les deux ordres sont concernés :

* Le juge administratif a décidé qu'il n'appartenait qu'au juge judiciaire de "sanctionner les infractions aux règles d'urbanisme et à la législation relative au permis de construire" en ordonnant, le cas échéant, la démolition des ouvrages illégalement réalisés¹³⁰². L'article L.480-13 du Code de l'urbanisme subordonne certes ces sanctions à la constatation de l'illégalité du permis par le juge administratif¹³⁰³. Mais ce dernier en refuse l'automaticité, puisqu'il a considéré que l'annulation d'un permis de construire "n'imposait, par elle-même, au maire aucune obligation de poursuivre la démolition des constructions irrégulièrement édifiées"¹³⁰⁴. En l'absence de démarche en ce sens émanant d'une personne intéressée à la disparition de l'ouvrage, l'annulation du permis de construire n'entraîne donc jamais la totalité des conséquences qui devraient s'y attacher.

* Cette absence d'automaticité se double de la réticence témoignée par le juge judiciaire, lorsqu'il est régulièrement saisi¹³⁰⁵, à aller jusqu'au bout de la logique de l'annulation prononcée par son confrère de l'ordre administratif¹³⁰⁶. On peut en effet parler d'une véritable "répugnance des juges à ordonner une mesure de démolition d'un immeuble neuf", sans doute motivée, dans une large mesure, par "les problèmes financiers posés par l'exécution de la démolition et ses

¹²⁹⁸ Voir *supra*, Titre I, Sous-titre I ; ainsi que *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, n°37 et 38.

¹²⁹⁹ Cf. H. Fabre-Luce, "La pérennité des constructions illégales", *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1987, p.9.

¹³⁰⁰ Voir sur ce point H. Périnet-Marquet, *art. cit.* pp.41 s.

¹³⁰¹ Ces cas sont les plus fréquents : Cf. J.J. Israël, *op. cit.* p.191.

¹³⁰² C.E., 29/06/1983, Maignan, p.281.

¹³⁰³ Voir sur ce point C. Teitgen-Colly, "Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ?", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.618.

¹³⁰⁴ C.E., 21/06/1968, Dme Spiaggeri et Dlle Courtois, p.380.

¹³⁰⁵ Ce qui ne va pas sans poser de nombreux problèmes, comme le démontre H. Fabre-Luce (*art. cit.*).

¹³⁰⁶ Sur l'ensemble du problème, voir D. Moreno, *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*, p.121 s.

suites"¹³⁰⁷. Et lorsque cette timidité est enfin surmontée, le jugement ordonnant la démolition ne sera que trop rarement exécuté dans les faits¹³⁰⁸, en particulier si les lieux sont habités, par crainte de l'émotion publique que ne manquent pas de soulever de pareilles mesures¹³⁰⁹. La victoire du fait sur le droit est dès lors consommée¹³¹⁰.

"Les retards, refus ou insuffisances dans l'exécution de la chose jugée ne peuvent que dévaloriser la notion même de l'État de droit" écrit le Conseil d'État dans son rapport d'activité 1992¹³¹¹. En outre, sur le point qui nous intéresse tout particulièrement, il en résulte une baisse notable de l'effectivité des annulations, le pur fait terrassant trop souvent les règles juridiques qui gouvernent les conséquences de ces dernières.

Qu'elles rencontrent l'aval du juge où s'imposent à lui, nombreuses apparaissent les limites rendant les chaînes d'actes concernées par une annulation moins longues que celles auxquelles nous avait habitué la présentation classique, au point parfois de supprimer tout impact de la décision juridictionnelle extérieur à l'acte censuré. Dans une telle configuration, les retombées de l'annulation se rapprochent fortement de celles traditionnellement dévolues à la déclaration d'illégalité. Or, inversement, ce dernier domaine connaît certaines évolutions tendant à accroître les chaînes d'actes qu'il intéresse.

¹³⁰⁷ H. Fabre-Luce, *art. cit.*, p. 12.

¹³⁰⁸ Moins de 40 % des démolitions ainsi ordonnées sont effectivement réalisées. Chiffres cités par H. Périnet-Marquet, *art. cit.* p.39.

¹³⁰⁹ Le récent Rapport du Conseil d'État concernant le droit de l'urbanisme (rapport précité) déplore d'ailleurs que ces cas ponctuels de démolition soient beaucoup trop rares pour avoir le moindre effet pédagogique.

¹³¹⁰ Ce qui fait dire à J.-P. Gilli : "c'est un euphémisme que de déclarer qu'en l'état actuel de notre droit, les constructions illégales sont insuffisamment sanctionnées". Cf. "Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 20/05/1993, n° spécial, p.61.

¹³¹¹ Formule reprise par le Rapport Arthuis, p.42.

SOUS-TITRE II

LA PROPAGATION DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

La portée de la reconnaissance incidente de l'irrégularité d'un acte administratif par le juge de l'excès de pouvoir souffre, on le sait, de deux faiblesses traditionnelles par rapport à celle que l'on prête à l'annulation : en raison de l'autorité relative qui lui est dévolue, la simple déclaration d'irrégularité ne produit d'effet qu'à l'égard de l'acte-conséquence autour duquel tourne le litige principal ; et encore cette unique incidence est-elle conditionnée par l'existence d'un lien suffisamment étroit unissant les deux actes en présence. Cette vision classique, si elle correspond toujours globalement à la réalité contentieuse, subit toutefois aujourd'hui les assauts de quelques solutions jurisprudentielles et textuelles qui tendent à briser le carcan dans lequel les théories initiales enfermaient les effets de l'exception d'illégalité. Les deux restrictions sus-rappelées sont concernées, que ce soit la bipolarité du mécanisme (Chapitre 1) ou l'étroitesse du lien exigé entre acte argué d'illégalité et acte concerné au principal (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA REMISE EN QUESTION DE LA BIPOLARITE DU MECANISME DE L'EXCEPTION

L'occasion offerte au juge administratif de se prononcer incidemment sur l'irrégularité d'un acte administratif découle nécessairement d'un litige principal dont l'issue est conditionnée par l'avis ainsi émis. Mais, en raison de l'effet relatif de chose jugée qui s'y attache normalement, ce dernier n'est pas censé s'imposer à des procès distincts, quoiqu'en tous points analogues¹³¹². Voilà du moins la conception classique des effets de la simple constatation d'irrégularité opérée par le juge administratif ; car, aujourd'hui, certaines solutions tendent à lui conférer une portée beaucoup plus étendue. Une déclaration d'irrégularité peut s'imposer hors des limites du contentieux qui l'a primitivement suscitée, non seulement parce que certains ordres de juridiction lui confèrent une autorité absolue, mais également dans la mesure où l'on a assisté à un développement de l'obligation de retirer les mesures prises en application de l'acte qu'elle intéresse. Il semble pourtant que le moteur de l'innovation en la matière se situe hors de la "sphère administrative", dont les scrupules ne sont pas, par bonheur, partagés par les autres acteurs de la vie juridique.

SECTION 1. UNE AUTORITE ABSOLUE DE CHOSE JUGEE EST PROGRESSIVEMENT RECONNUE A LA DECLARATION D'ILLEGALITE

Au départ, l'accord se faisait, entre les différents ordres de juridiction, autour de l'idée classique d'effet relatif des déclarations d'illégalité qui ne débouchaient pas sur l'annulation de l'acte vicié par le juge administratif. Il n'en va plus de même à l'heure actuelle, dans la mesure où, assez curieusement, seul ce dernier reste fidèle à cette conception qui restreint ses pouvoirs.

Paragraphe 1. L'autorité relative de chose jugée a longtemps prévalu auprès de toutes les juridictions

Dans un premier état de leur jurisprudence, juridictions judiciaires et constitutionnelle adoptaient l'idée d'autorité relative de chose jugée que les tribunaux de l'ordre administratif reconnaissent encore aux constatations incidentes d'illégalité qu'ils sont amenés à pratiquer. Elles ne s'estimaient ni l'une ni l'autre, dans leur sphère de compétence respective, tenues de prendre en compte l'opinion ainsi émise.

¹³¹² Sur ces points, voir *supra*, Titre préliminaire.

I - La déclaration d'illégalité ne liait pas plus le juge judiciaire qu'elle ne s'impose au juge administratif

A l'origine prévalaient en matière judiciaire les conceptions traditionnelles. Lorsque, à l'occasion d'un recours en appréciation de validité sur renvoi, le juge administratif reconnaissait l'illégalité de l'acte qui en était l'objet, la simple autorité relative reconnue à cette constatation, si elle s'imposait à la juridiction qui avait provoqué le renvoi¹³¹³, empêchait à l'inverse les autres juridictions judiciaires de se prévaloir de celle-ci à l'occasion d'instances ultérieures. Cette solution était bien arrêtée, malgré les doutes qu'avait pu susciter une décision d'apparence contraire.

A. L'existence d'une solution divergente.

La doctrine citait souvent un précédent en matière pénale qui avait semblé conférer autorité absolue à une appréciation ainsi délivrée¹³¹⁴: un arrêté de police qui interdisait les processions dans une commune avait été déclaré illégal par le juge administratif, saisi à tort d'un recours en appréciation de validité. La Chambre criminelle décida pourtant, au travers d'une formule sans ambiguïté, que le juge répressif, saisi d'une affaire différente mais intéressant des poursuites exercées sur le fondement du même arrêté de police, était lié par cette décision : "si, à la vérité, l'arrêt ainsi rendu par le Conseil d'État est purement interprétatif et s'il ne prononce pas l'annulation de l'arrêté du maire (...), il a néanmoins pour conséquence nécessaire d'enlever à cet arrêté le caractère d'un règlement légalement pris au sens de l'article 471-15 du code pénal".

B. Une solution à relativiser

Deux éléments sont venus tempérer cette solution en apparence si radicale :

1 - La particularité des faits de l'espèce

Cette particularité mérite d'être soulignée dès l'abord : si les deux affaires semblaient conceptuellement différentes, elles demeuraient cependant proches dans la mesure où le prévenu faisant l'objet de la seconde poursuite n'était autre que l'administré qui avait formé le recours initial devant le Conseil d'État à l'occasion d'une première procédure dirigée à son encontre. Le jeu de l'autorité relative de chose jugée semblait dès lors aboutir à la solution consacrée puisqu'était établie l'identité de parties normalement défaillante¹³¹⁵.

¹³¹³ Contrairement au rejet du recours qui ne s'impose pas au juge judiciaire, ce dernier pouvant, à l'inverse du juge administratif, se prononcer en faveur de l'illégalité de l'acte (Cf. Cass. Civ., 17/11/1882 ; *Sirey* 1883, I, p.94).

Plus généralement, les arrêts de rejet ne s'imposent pas au juge judiciaire : voir, retraçant les péripéties de la création du marché d'intérêt national de Bordeaux-Brienne et de la divergence sur l'appréciation de la régularité du décret y ayant procédé, note M. Waline sous C.E., Ass., 7/05/1971, *Ministre de l'Economie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*, *Revue du droit public* 1972, 443.

¹³¹⁴ Cass. Crim., 4/12/1930, Abbé Gautrand ; *Dalloz* 1931, I, p.33, rapp. Bourdon, note Appleton ; *Sirey* 1932, I, p.277.

La doctrine antérieure de la Chambre criminelle semblait pourtant tendre vers la reconnaissance d'une simple autorité relative (voir notamment l'arrêt du 6/07/1911, Dlle Maraval, *Sirey* 1914.I, p.423).

¹³¹⁵ Voir sur ce point nos développements en Titre préliminaire.

2 - L'infirmité de la solution en matière civile

Plus encore que de la spécificité de l'affaire, la relativisation de sa portée résultait de ce qu'on considérait cette jurisprudence abandonnée par deux solutions ultérieures dégagées en matière civile :

- La première provenait du silence d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹³¹⁶ qui avait appliqué un texte réglementaire dont l'illégalité avait été déclarée par le Conseil d'État quelques années auparavant, silence qui avait été interprété comme témoignant peut-être de la volonté de la Haute juridiction judiciaire de ne conférer qu'un effet relatif à ces déclarations d'illégalité¹³¹⁷. Un doute existait toutefois sur ce point dans la mesure où cette illégalité n'avait pas été invoquée par les parties en cause.

- Ce doute devait rapidement s'évanouir à l'occasion d'une affaire ultérieure¹³¹⁸ : le Conseil d'État ayant, ici encore, déclaré illégale une disposition décrétole, une cour d'appel avait cru, dans une affaire ultérieure, pouvoir se passer de renvoyer une nouvelle fois à la juridiction administrative pour appréciation de ladite disposition, et statuer d'elle-même dans le sens de l'arrêt du Conseil d'État. La Cour de cassation prit cette fois nettement position et déclara que "le Conseil d'État n'avait statué (...) que sur un recours en appréciation de la validité n'ayant qu'une autorité relative entre les parties au litige". Il convenait dès lors, pour les juges du fond, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée sur une nouvelle question préjudicielle, sauf à violer le principe de séparation des pouvoirs.

Au regard de ce qui précède, on peut donc conclure qu'un accord était réalisé entre les ordres de juridictions administratives et judiciaires sur l'autorité relative dévolue à ce mode indirect de constatation d'irrégularité d'un acte administratif : la simple déclaration d'illégalité ne produisait d'effet direct qu'à l'égard de la mesure d'application dont la contestation avait suscité la question incidente qu'elle tranchait. La jurisprudence constitutionnelle partageait d'ailleurs cette vision.

II - Une jurisprudence constitutionnelle à l'unisson

La conception traditionnelle des effets de la déclaration d'illégalité interdit que celle-ci s'impose dans les instances ultérieures. Rien n'interdit dès lors de penser avec M. Mathieu¹³¹⁹ que, si "le juge n'est pas tenu par sa décision (...), le législateur ne l'est pas non plus". On comprend ainsi la position primitive du Conseil constitutionnel qui, par deux fois¹³²⁰, avait implicitement admis la validation d'actes que le juge administratif avait déclarés illégaux par voie d'exception, et ce malgré l'interdiction de porter atteinte à la chose jugée posée ultérieurement comme condition de constitutionnalité des validations¹³²¹ : cette limite ne s'impose *a priori* au législateur que dans la mesure où la décision du juge qu'il s'agit de contrecarrer est dotée de l'autorité absolue de chose jugée, effet *erga omnes* qui seul peut

¹³¹⁶ C. Cass. 25/02/1966 ; *Dalloz* 1966, somm. com., p.88 ; *Gazette du Palais* 1966, I, p.365, note B.D..

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ C. Cass, Soc., 30/01/1969 ; *Gazette du Palais* 1969, I, p.225, note B.D.

¹³¹⁹ Note précitée sous C.C., décision n°88-250 DC du 29 décembre 1988, *Revue française de droit administratif* 1989, 867.

¹³²⁰ Décisions n°76-67 du 15/07/1976, p.35 ; et DC et 79-107 DC du 12/07/1979, p.31.

¹³²¹ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

commander à tous les pouvoirs - judiciaire, exécutif et législatif - ; du moment qu'elle ne produit d'effet qu'à l'égard du litige qui l'a suscitée, la déclaration d'illégalité, pas plus qu'elle n'est censée produire un quelconque impact sur l'action administrative extérieure à celui-ci, ne peut tenir en respect le législateur.

La position monolithique partagée un certain temps par l'ensemble des juridictions françaises s'est aujourd'hui considérablement effritée. En fait, il apparaît que seul le juge administratif résiste à la corrosion qui l'a attaquée.

Paragraphe 2. L'isolement actuel de la position du juge administratif

Depuis quelques années, le juge judiciaire a, sans ambiguïté, renversé sa jurisprudence traditionnelle ; et comme il semble résulter d'une décision du Conseil constitutionnel que celui-ci reconnaît à son tour l'autorité absolue des déclarations d'illégalité opérées par le juge administratif, l'analyse pratiquée par le juge administratif, arrimé à ses conceptions classiques, apparaît bien esseulée.

I - Le juge judiciaire opte clairement pour l'autorité absolue

L'évolution de la position du juge judiciaire repose sur de solides considérations d'ordre pratique.

A. Le revirement de jurisprudence

A dire vrai, ce revirement n'est pour l'instant le fait que du juge civil ; mais on peut espérer que le juge répressif emprunte le chemin ainsi tracé.

1 - Pour ce qui est du juge civil

* Le juge civil n'a pas attendu l'édition d'un quelconque texte pour changer radicalement d'optique. C'est la première chambre civile de la Cour de cassation, exhortée en ce sens par son rapporteur M. Sargos, qui a opéré ce revirement de jurisprudence spectaculaire¹³²². Le rapporteur reprenait les diverses critiques doctrinales dont nous allons nous faire l'écho pour fustiger ce qu'il appelait l'"Ubu-droit" caractérisant la position traditionnelle du juge judiciaire, et pour plaider "en faveur d'une affirmation, à l'occasion de cet arrêt, de l'absence de différence quant à ses effets d'une annulation ou d'une déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire". Il devait voir ses vœux entièrement exaucés par la Cour de cassation qui, par une formule générale et dépourvue de toute équivoque, érigea en principe que "toute déclaration d'illégalité réglementaire par le juge administratif, fût-elle décidée à l'occasion d'une autre instance, s'impose au juge civil qui ne peut plus faire application du texte illégal"¹³²³. C'est là reconnaître

¹³²² 19/06/1985, Office national de la chasse ; *Dalloz* 1985, p.427, rapp. P. Sargos.

¹³²³ A dire vrai, l'arrêt du 19/06/1985 ajoutait que le texte illégal était "censé n'avoir jamais existé", ce en quoi elle se trompait manifestement, seule l'annulation ayant, nous le savons, la propriété d'éliminer rétroactivement de l'ordre juridique l'acte qu'elle frappe. Elle a depuis pris conscience de son erreur, puisque, reproduisant la formule

le statut de "juge naturel" au juge administratif en la matière, et conférer autorité absolue de chose jugée, relativement au juge civil, à la reconnaissance de l'irrégularité d'un règlement tant par la voie du recours direct en appréciation de validité que par le biais d'une exception d'illégalité. Désormais, la déclaration d'illégalité d'un règlement pratiquée dans une instance donnée s'imposera au juge civil dans toutes les affaires ultérieures, même si celles-ci mettent en scène d'autres parties.

* S'établit ainsi une divergence notable avec la vision administrative du problème, divergence particulièrement bien mise en lumière par un arrêt rendu par la chambre sociale le 18/06/1986¹³²⁴, à propos de l'article 75 du règlement intérieur de la Compagnie Air France dont on sait qu'il a donné lieu aux affaires *Delle Baudet* et *Delle Layani* déjà présentées¹³²⁵. Rappelons que le Conseil d'État, à l'occasion de la première d'entre elles, avait été saisi d'un recours en appréciation de validité de la disposition litigieuse et l'avait déclarée illégale. Contrairement à l'affaire *Dlle Layani* (où le Conseil d'État avait à nouveau apprécié cette régularité en évitant de se fonder sur son jugement précédent), la chambre sociale a appuyé directement sa décision sur l'arrêt initial de la Haute juridiction administrative afin de solutionner le litige, démontrant que la cour d'appel ne pouvait refuser de considérer comme irrégulière la rupture du contrat de travail de la requérante¹³²⁶.

2 - Pour ce qui est du juge répressif

On a suffisamment souligné l'aspect particulier du vieil arrêt *Abbé Gautrand* pour lui refuser le caractère d'arrêt de principe en la matière¹³²⁷. En réalité, rien ne peut nous permettre d'affirmer que le juge répressif, à l'instar du juge civil, va revenir de lui même sur l'autorité relative qu'il conférerait aux simples déclarations d'illégalité effectuées par le juge administratif. Mais il serait bon qu'il agisse ainsi car, dans la mesure où il possède lui-aussi un pouvoir d'appréciation de validité des règlements administratifs, le risque d'application divergente du droit est plus étendu qu'en matière civile¹³²⁸. Toutefois, du fait même de cette compétence (récemment renforcée, on le sait, par le Nouveau Code pénal), on peut supputer que les recours en appréciation de validité devant le juge administratif vont se faire de plus en plus rares, ce qui relativise l'intérêt pratique d'une telle reconnaissance.

de principe, elle a jugé bon d'en supprimer ce fâcheux appendice : Cf. C. Cass., soc., 7/12/1993, Cie nationale Air France c/ Mme Rabussier, *La semaine juridique* 1994, n°22245, note P. Wacquet.

¹³²⁴ Arrêt Dlle Lemaire, *La semaine juridique* 1986, IV, p.251.

¹³²⁵ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹³²⁶ Pour une autre affaire ayant donné lieu à l'application du même principe, voir C. Cass., Soc, 5/11/1986, Diebolt c/ Charbonnages de France, *Bull. Civ.*, V, n°511.

¹³²⁷ Ce que fait par exemple M. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°883-1.

¹³²⁸ Au cas où il n'en irait pas ainsi, M. G. Delvolvé ("Dualité de juridiction et autorité de la chose jugée", *Revue française de droit administratif* 1990, p.795) suggérerait qu'on pourrait s'inspirer des dispositions de l'article 2 du décret du 28 novembre 1983" pour imposer la vision du juge administratif au juge pénal. Mais eu égard à la très relative efficacité de celui-ci telle que nous essaierons de la mettre en lumière dans la section suivante, il semblerait préférable de s'acheminer vers un traitement jurisprudentiel du problème.

B. Une solution rationnelle

Différentes critiques peuvent être adressées, sur le plan pratique, à la reconnaissance d'un simple effet relatif de chose jugée à la déclaration d'illégalité d'un acte administratif. Dans une telle optique, l'autorité relative apparaît comme un facteur de complication de procédure, voire un risque d'application divergente du droit par les diverses juridictions.

1 - L'autorité relative constitue un facteur de complication

Il semble parfaitement inutile, tant pour le juge administratif que pour le juge judiciaire, d'évaluer à nouveau l'illégalité d'un texte ou de solliciter une confirmation de celle-ci lorsque cette irrégularité est d'ores et déjà avérée par une décision juridictionnelle administrative. Cela se vérifie avec une particulière acuité s'agissant du contentieux judiciaire : ici en effet, comme nous l'avons vu, chaque fois qu'est invoquée une déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire, l'effet relatif conféré à celle-ci commande au juge civil, dès lors que cette exception lui paraît sérieuse, de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif se prononce à nouveau sur le point qu'il avait déjà tranché. On comprend dans cette mesure que la doctrine ait, à plusieurs reprises et depuis bien longtemps, dénoncé les néfastes conséquences que ce mécanisme produisait au détriment parties, contraintes à subir des retards et frais injustifiés inhérents à la multiplication des procédures¹³²⁹. Le mérite de la nouvelle solution prônée par la Cour de cassation est donc d'épargner aux tribunaux et aux justiciables des renvois à répétition dont l'issue ne fait aucun doute.

2 - L'autorité relative fait courir un risque d'application non uniforme du droit

L'idée vient tout naturellement à l'esprit : une nouvelle appréciation étant pratiquée, rien n'oblige le second juge à reconnaître à son tour l'illégalité mise en lumière par la première décision¹³³⁰. Cela nuit à la cohérence du droit et présente à l'évidence un risque pour les libertés publiques¹³³¹. Deux précisions s'imposent :

a) On peut tout d'abord penser que cette crainte est partiellement dénuée de fondement dans la mesure où, en pratique, le second juge aboutira, dans quasiment tous les cas, au même résultat que le premier. Certes, rien juridiquement ne l'y oblige, le champ de la précédente appréciation se trouvant borné par les données du litige l'ayant suscitée. Il n'en reste pas moins que le premier jugement acquiert une valeur de précédent qui, s'il ne peut être directement invoqué en tant que tel¹³³², pèsera nécessairement sur l'appréciation nouvelle. Ce schéma se conçoit en particulier s'agissant d'une double vérification de légalité pratiquée par le juge administratif, surtout si la première est le fait du Conseil d'État lui-même. Ainsi, de la même façon que, dans

¹³²⁹ Voir notamment note Appleton, *Dalloz* 1931, précitée, p.35 : "Faut-il obliger les parties (...) à solliciter un nouveau sursis et à faire juger un nouveau recours préjudiciel, dont le succès, d'ailleurs, ne pourrait être douteux ? Quelles complications, quelles lenteurs et quels frais !"

Voir également Berthélémy, *op. cit.*, p.1145, note 1, qui oppose "le bon sens" à "la rigueur des principes".

¹³³⁰ Cf. Laferrère, *op. cit.*, p.621 : "Pourra-t-on (...) remettre en question l'interprétation donnée par une décision antérieure passée en force de chose jugée ? La solution affirmative (...) nous paraît nécessairement résulter de l'art. 1351 du Code civil".

¹³³¹ Voir sur ce point A. Marion, *Pouvoirs* 1988, *art. cit.*, p.21.

¹³³² Voir à ce propos un arrêt intéressant de la Cour de Cassation qui rejette le grief formulé à une cour d'appel de ne pas avoir suivi la jurisprudence du Conseil d'État dans une affaire similaire, au motif que "cette décision étrangère aux débats ne peut être invoquée comme disposition générale et réglementaire" (C. Cass. Crim., 30/04/1964, *Bull. Crim.* n°142, p.316).

l'affaire *Dlle Layani*¹³³³, on aurait mal compris que le Conseil d'État se déjuge par rapport à l'arrêt *Dlle Baudet* rendu quelques mois plutôt¹³³⁴, il est difficile d'admettre qu'un tribunal administratif puisse ne pas adopter une position arrêtée au préalable par la Haute juridiction. Cela semble adoucir quelque peu le caractère non automatique de la sanction des mesures d'application de l'acte déclaré irrégulier puisque, malgré l'effet relatif, l'appréciation de l'illégalité perdurera par delà les différentes espèces.

b) Deux phénomènes viennent hélas tempérer cet optimisme initial :

* En premier lieu, le raisonnement qui vient d'être tenu ne vaut pleinement qu'en ce qui concerne les appréciations portées successivement par la juridiction administrative. Il semble en effet un peu moins efficient s'agissant de l'évaluation de l'illégalité à laquelle peut procéder le juge répressif suite à celle qu'a effectuée un juge administratif, dans la mesure où, comme cela s'est parfois produit, les deux ordres peuvent avoir une opinion divergente sur la validité d'un texte¹³³⁵. Les mesures d'application de ce dernier pourront donc, selon les cas, se faire censurer en conséquence de son illégalité reconnue, ou au contraire immuniser lorsque le juge penchera pour la thèse opposée¹³³⁶. "Cette situation, écrivait M. G. Delvolvé, (...) en mettant en cause à la fois l'autorité du juge et celle de la loi, (...) trouble doublement l'ordre social que le principe de la chose jugée est censé préserver. Il serait opportun d'y remédier"¹³³⁷.

* En second lieu, et c'est sans doute le point le plus important, le juge se refuse à soulever d'office le moyen tiré de ce que la légalité de l'acte fondant la mesure devant lui attaquée a été déniée par une décision antérieure. Contrairement à ce qu'on a constaté en matière d'annulation, où le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas, de lui-même, à fonder directement sa décision sur le jugement antérieur ayant censuré l'acte en cause¹³³⁸, le problème de l'illégalité simplement déclarée doit être invoqué par les requérants pour être pris en compte, ne constituant pas un moyen d'ordre public¹³³⁹. Dans le premier cas en effet, la question de la légalité de l'acte est considérée comme définitivement tranchée en vertu de la portée *erga omnes* qui s'attache à l'autorité absolue de chose jugée des décisions d'annulation ; l'autorité relative s'oppose, dans la seconde hypothèse, à une telle attitude, et le juge sera tenu de réexaminer la question tranchée par le jugement antérieur si cela s'avère nécessaire à la solution du litige¹³⁴⁰, ou bien, dans le cas contraire, négligera totalement d'aborder ce point de droit¹³⁴¹.

¹³³³ Affaire précitée.

¹³³⁴ Voir *supra*.

¹³³⁵ Cf. notamment, pour une affaire dans laquelle les tribunaux des deux ordres avaient eu une attitude divergente avant que le Conseil d'État ne vienne annuler le décret en cause : C.E., 10/11/1950, Fédération nationale de l'éclairage, p.548 ; *La semaine juridique* 1951, II, n°6075, concl. M. Agid ; *Sirey* 1951, p.591, note J. Rivero.

¹³³⁶ Ce risque de divergence est en outre accentué par le fait que la manière dont est pratiqué le contrôle de légalité diffère selon les ordres de juridiction, même si la tendance est à l'uniformisation (Cf. note Lamarque précitée sous C. Cass. Crim, 21/12/1961, *La semaine juridique* 1962, n°12680).

¹³³⁷ *Art. cit.* p.795.

¹³³⁸ Cf. par exemple : 6/06/1958, Chambre de commerce d'Orléans, p.315 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, 2, p.261, conclusions M. Long ; et voir *supra*, Titre préliminaire.

¹³³⁹ Tout comme ne constitue pas un moyen d'ordre public celui tiré de l'existence d'un précédent arrêt de rejet (doté lui aussi de l'autorité relative) (Cf. C.E., 27/10/1965, Blagny, p.559).

Sur l'absence d'obligation de soulever d'office l'illégalité de l'acte conditionnant le procès, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre II.

¹³⁴⁰ Voir par analogie une affaire dans laquelle le Conseil d'État, saisi en appel d'un jugement avant de dire droit qui avait expressément admis la recevabilité d'une demande devant le tribunal administratif, avait confirmé cette solution. A l'occasion de son recours contre le jugement au fond, le requérant soulevait à nouveau l'irrecevabilité de la demande. Le défendeur n'invoquant pas l'autorité de chose jugée par le Conseil d'État, ce dernier ne s'est pas

On pourrait donc imaginer des hypothèses dans lesquelles, pour peu que le requérant n'ait pas soulevé le moyen, la reconnaissance antérieure de l'illégalité d'un acte n'aurait aucune répercussion sur la mesure d'application attaquée.

Devant les multiples inconvénients pratiques que revêt la voie de l'autorité relative en matière de contestation d'illégalité, on doit se féliciter du tournant pris par la jurisprudence judiciaire, et souhaiter que le Conseil constitutionnel confirme les prémices de revirement qui paraissent résulter d'une de ses décisions.

II - Le juge constitutionnel opte apparemment pour l'autorité absolue

Le Conseil constitutionnel a implicitement pris position sur le problème dans sa décision n° 88-250 DC en date du 29 décembre 1988¹³⁴² relative à la loi de finances rectificative pour 1988, qui avait notamment pour but, par le biais de son article 47, de valider plusieurs mesures, dont la perception d'un versement destiné au financement des transports en commun du Syndicat intercommunal à vocation multiple de l'agglomération de Bourges (S.I.V.U.T.U.), consécutivement à une décision du Conseil d'État qui avait déclaré illégale la délibération de cet organisme instituant ce versement. Au travers des considérants de cette décision, le juge constitutionnel va mettre en avant, en vue de répondre aux auteurs de la saisine pour qui l'article litigieux ne modifiait pas les règles que le juge a pour mission d'appliquer mais tendait au contraire à renverser directement une solution jurisprudentielle, que "l'article 47 de la loi ne valide pas la délibération du syndicat intercommunal déclarée illégale par le Conseil d'État statuant au contentieux". Il semble par là-même faire de cette non validation directe une condition de constitutionnalité du jeu du procédé en la matière, de la même manière qu'il prohibe, en ce qui concerne l'annulation, toute remise en cause trop flagrante de la décision juridictionnelle par le législateur¹³⁴³. On peut envisager deux interprétations de cette décision :

- soit on considère que le Conseil est revenu sur sa position initiale, et admet désormais que la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge spécialisé, quelle que soit la procédure y ayant conduit, est dotée d'une autorité quasi absolue de chose jugée, liant en conséquence tant le législateur que le juge. Si tel est le point de vue de la juridiction constitutionnelle, on voit mal le Conseil d'État, déjà confronté à la jurisprudence en ce sens de la Cour de cassation, ne pas revenir sur sa conception classique du problème.

- soit on pense que le Conseil opère une distinction entre exception d'illégalité à laquelle, conformément à ses décisions de 1976 et 1979, il ne reconnaît qu'une autorité relative de chose jugée, et déclaration d'illégalité sur recours direct en appréciation de validité qu'il revêt d'une autorité absolue. Apparemment infondée -lesdits recours, comme l'annulation, étant de même nature-, la dissociation pourrait s'expliquer par le fait qu'en matière d'exception, la reconnaissance d'illégalité n'est que le motif de la décision juridictionnelle alors que, dans l'hypothèse d'une appréciation de validité effectuée à titre principal, elle en constitue le dispositif.

référé à sa précédente décision, mais a statué de nouveau sur la recevabilité de la demande (C.E., 26/06/1970, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Delort*).

¹³⁴¹ C'était le cas de la Cour de Cassation dans l'arrêt du 25/02/1966 précité.

¹³⁴² Décision précitée.

¹³⁴³ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

Nous inclinons quant à nous pour la première interprétation, car ce *distinguo* semble bien artificiel¹³⁴⁴ et donne trop d'importance à des questions de procédure, là où l'essentiel réside dans l'appréciation au fond portée par le juge. Elle semble en outre en porte-à-faux par rapport à la dynamique jurisprudentielle actuelle engendrée par l'arrêt Office national de la chasse rendu par la Cour de cassation.

La conception bipolaire des effets de la constatation incidente de l'irrégularité d'une décision administrative n'a pas seulement souffert des nouvelles jurisprudences judiciaire et constitutionnelle remettant en cause l'effet relatif de chose jugée qui la commande ; elle a pâti également des solutions - dues au juge administratif lui-même et au pouvoir réglementaire - qui ont développé le principe obligeant l'administration à retirer les actes analogues à celui dont la contestation a donné prise à une déclaration d'illégalité indirecte.

SECTION 2. L'EXTENSION DE L'OBLIGATION DE RETIRER LES MESURES PRISES EN APPLICATION DE L'ACTE RECONNU ILLÉGAL

La seule mesure qui, théoriquement, subisse les conséquences de l'illégalité d'un acte-base reconnue par voie d'exception, est celle pour l'annulation de laquelle le requérant a soulevé ce moyen incident : tous les autres actes pris sur le fondement de l'acte irrégulier sont normalement à l'abri des retombées de l'appréciation portée par le juge. Cette construction - la seule qui vaille en application des principes classiques - a subi quelques adoucissements du fait de la reconnaissance d'une obligation jurisprudentielle de retirer les décisions basées sur un règlement à l'irrégularité avérée, devoir consacré et quelque peu consolidé par le décret du 28 novembre 1983. En décidant ainsi, juge et pouvoir réglementaire inoculent en la matière certaines idées proches du mécanisme de l'annulation par voie de conséquence, et élargissent assez considérablement le champ des effets de la simple constatation d'irrégularité.

Paragraphe 1. Reconnaissance de l'obligation par la jurisprudence

Le devoir de retrait des mesures d'application d'un acte reconnu illégal va s'insérer dans l'obligation - plus large - faite à l'autorité compétente de rapporter ses actes dès lors qu'ils sont viciés. Après avoir mis en lumière l'existence même de cette obligation, nous devons préciser à quelles conditions elle joue.

I - L'existence d'un devoir de retrait des mesures illégales

Le Conseil d'État a progressivement reconnu l'obligation pesant sur l'administration de retirer ses actes irréguliers. Voici quelles en furent les deux principales étapes :

A. Les premiers arrêts rendus en la matière ne se prononçaient pas expressément sur le problème, mais se contentaient de refuser l'annulation de tels retraits, malgré l'existence de

¹³⁴⁴ D'autant plus que l'autorité de chose jugée s'étend non seulement au dispositif, mais également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire. C.E., 28/12/1949, Société des automobiles Berliet, p.579 ; *Dalloz* 1950, p.383, note P. Weil (jurisprudence précitée).

moyens fondés mettant en cause leur illégalité externe ou interne¹³⁴⁵. La doctrine se partageait alors dans l'interprétation de ce courant jurisprudentiel, certains auteurs en déduisant que le Conseil d'État appliquait la théorie des moyens inopérants, ce qui sous-entendait que l'administration se trouvait dans une situation de compétence liée, d'autres doutant que ce fût là l'intention de la Haute juridiction.

B. Des affaires plus récentes devaient définitivement trancher cette divergence de vues : dans l'arrêt *Compagnie d'assurances "La Prévoyance"*¹³⁴⁶, le Conseil d'État considère explicitement que le préfet, qui "était tenu de faire disparaître l'illégalité de sa décision (...)", en a légalement prononcé le retrait. D'autres arrêts sont venus depuis confirmer cette obligation¹³⁴⁷, sanctionnée par l'annulation de tout refus d'y déférer. Dans l'optique qui nous intéresse, il convient de préciser que rien *a priori* n'exclut de cette règle les mesures dont l'illégalité provient de celle de l'acte qui leur sert de fondement ; l'affaire *Compagnie d'assurances "La Prévoyance"* concernait d'ailleurs le retrait d'une décision privée de base légale par l'intervention d'une décision juridictionnelle.

Cette automaticité aurait pu pallier très efficacement l'absence d'impact d'une simple déclaration d'illégalité d'un règlement sur ses mesures d'application non contestées au contentieux, celles-ci devant être remises en cause par l'administration du simple fait de l'irrégularité indirecte les affectant. Cependant, les conditions assez restrictives dont le juge a assorti l'obligation qu'il a reconnue conduisent à relativiser cette interprétation de l'état du droit.

II - Un devoir conditionné

La première des deux conditions qui s'attachent à l'obligation de retirer les actes illégaux était prévisible - puisqu'on la retrouve dans le devoir d'abroger dont on a déjà dessiné les contours ; l'étendue de la seconde surprendra plus.

A. La condition de demande préalable

* Est à souligner tout d'abord que le juge n'impose en règle générale à l'administration de retirer un acte illégal que si celle-ci est saisie d'une demande en ce sens. Si cette démarche n'a pas été entreprise, il faut alors considérer que le retrait de l'acte illégal est une simple faculté, et non plus une nécessité pour l'autorité compétente.¹³⁴⁸ Cette règle ne cède qu'en

¹³⁴⁵ Voir par exemple : C.E., 11/01/1935, Gras, p.40 ; *Revue du droit public* 1938, p.108, note Bonnard ; et C.E., 17/07/1953, Constantin, p.381.

¹³⁴⁶ C.E., 11/05/1960, p.318 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, p.608.

¹³⁴⁷ Cf. notamment : C.E., 12/05/1976, Gillet, p.754 ; *Revue du droit public* 1977, p.229 : un permis de construire ayant été délivré par une autorité incompétente, le maire était tenu de le rapporter. Voir également C.E., 11/06/1982, Plottet, arrêt précité.

De même, l'administration est tenue de retirer un certificat d'urbanisme illégal non définitif en refusant le permis qu'il autorisait (C.E., 30/03/1977, *Ministre de l'Équipement c/ Fiamma*, p.167 ; et 17/02/1978, *S.A. Logeais-Jamin*, p.86).

Dans un tout autre domaine, voir enfin C.E., 10/02/1992, Roques, p.54 ; *Revue française de droit administratif* 1992, p.846, conclusions M. Laroque.

¹³⁴⁸ Voir en ce sens conclusions E. Guillaume sur CE, 2/10/1987, M. Castel et autres, *Revue française de droit administratif* 1988, p. 871.

Ce défaut de compétence liée résulte de nombreuses décisions qui mentionnent que l'administration « pouvait » retirer la décision illégale : Cf. notamment CE, Ass. 6/05/1966, *Ville de Bagneux*, p.303 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p. 485, chronique JP. Puissochet et JP. Lecat ; *Revue du droit public* 1967, p. 339,

présence d'illégalités particulièrement graves telles que l'incompétence¹³⁴⁹, ou de circonstances très particulières¹³⁵⁰

* Mais cette requête peut indifféremment revêtir le caractère d'un recours gracieux ou hiérarchique, le supérieur saisi d'une demande en ce sens étant tenu d'annuler les actes illégaux de ses subordonnés, comme l'a affirmé le Conseil d'État à l'occasion de nombreux arrêts¹³⁵¹. Il suffit même, pour que joue l'obligation de retrait, que l'administration soit informée qu'un recours contentieux a été intenté contre l'acte illégal¹³⁵². En fait, on peut résumer l'état de la jurisprudence en estimant que "l'administration a compétence liée pour retirer un acte individuel illégal (...) si cet acte se trouve menacé d'une annulation par le juge de l'excès de pouvoir, que ce juge ait déjà été saisi ou que sa saisine apparaisse la conséquence inéluctable du rejet d'un recours administratif"¹³⁵³. Cette logique d'anticipation sur une censure juridictionnelle - proche parente de celle de l'arrêt *Dame Cachet* - débouche naturellement sur la deuxième condition.

B. La condition de non définitivité

Ce qu'il faut surtout mettre en avant, c'est que l'obligation considérée disparaît une fois le délai de recours contentieux expiré. Cela vaut étrangement tant pour les actes créateurs de droits que pour ceux qui n'en créent pas :

1 - En ce qui concerne les actes créateurs de droits

Pour ce qui est de ce type d'actes, le Conseil d'État utilise souvent la formulation suivante, inspirée de la philosophie de la théorie générale du retrait qui prétend éviter la formation de recours contentieux inutiles : "il appartient à l'autorité qui constate l'illégalité d'une décision créatrice de droits de retirer ladite décision dans le délai du recours contentieux ou, lorsqu'un tel recours a été formé, tant que la juridiction administrative n'a pas statué"¹³⁵⁴. La

conclusions G. Braibant ; CE, Ass. 29/03/1968, Société du lotissement de la chronique J. Massot et JL. Dewost ; et CE, 23/11/1970, Sieur Peenalert, p. 615.

De même, on peut le déduire de certaines décisions qui censurent pour vice de forme un retrait effectué sans demande préalable, car le moyen aurait été écarté comme inopérant si l'administration avait été estimée tenue de retirer la décision initiale (Cf., par exemple, CE, 13/02/1981, Naudin, p. 970 ; et 24/04/1981, Mme Néaud, p. 183). A noter cependant sur ce point que, même en l'absence d'obligation, seuls les vices propres à la décision qui retire une mesure illégale en justifieront l'annulation, une éventuelle erreur quant au motif du retrait ne pouvant avoir d'influence sur sa régularité (outre l'arrêt Castel précité, voir CE, 27/07/1953, Sieur le Pabic, p. 396 et 17/01/1955, Lepage p. 636).

¹³⁴⁹ Dans ce cas, l'administration semble alors parfois en devoir de retirer les actes irréguliers même en l'absence de toute demande en ce sens : outre l'arrêt Gillet précité, voir CE, 20/01/1989, Noon, p.25.

¹³⁵⁰ Cf. CE, 26/02/1954, Zwillinger, p. 131 : « obligation de rapporter, même en dehors de toute demande de l'intéressé », une décision devenue illégale du fait d'une régularisation rétroactive.

¹³⁵¹ Voir notamment : C.E., 4/12/1959, Geoffroy, p.654 ; *Revue du droit public* 1960, p.132, note M. Waline ; C.E., 13/07/1963, Epoux Meyer, p.426 ; Dalloz 1964, p.267, note L. Di Qual ; et C.E., S., 3/05/1982, Louchart, p.165 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.538, concl. Y. Robineau.

B. Genevois explique en ces termes cette solution : "l'exercice du pouvoir hiérarchique n'est pas seulement une prérogative conférée à son titulaire, il est aussi, dans certains cas, source d'une obligation pour le supérieur hiérarchique, celle d'assurer le respect de la légalité" (conclusions sur l'arrêt de Section Berjon du 11/06/1982, *Actualité juridique, Droit administratif* 1983, p.42).

¹³⁵² Voir (en matière de permis de construire) : C.E., 23/02/1979, Maïa, p. 597.

¹³⁵³ Chronique L. Touvet et J.-H. Stahl, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.865.

¹³⁵⁴ Voir par exemple : C.E., 5/05/1986, Leblanc et Tissier, p.128 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.390, obs. L. Richer ; et C.E., 20/01/1988, Gilles Charles, *Droit administratif* 1988, n°89.

seconde situation envisagée a notamment été illustrée par un arrêt *Maia*¹³⁵⁵, qui a considéré qu'un préfet était tenu de rapporter un permis de construire illégalement accordé dès lors qu'un recours en annulation contre ce dernier avait été introduit dans les délais. En revanche, une fois l'acte devenu définitif, l'autorité compétente n'est plus assujettie à une quelconque obligation pour la bonne et simple raison que le retrait s'avère alors impossible, conformément à la jurisprudence classique qui régit la matière¹³⁵⁶.

2 - En ce qui concerne les actes non créateurs de droits

a) La question pouvait paraître ici un peu plus délicate dans la mesure où le juge considère traditionnellement que le retrait d'un acte non créateur de droits est possible à tout moment¹³⁵⁷, même dicté par des considérations d'opportunité¹³⁵⁸. En conséquence, on aurait pu légitimement penser que l'obligation de rapporter de telles décisions, lorsqu'elles sont entachées d'illégalité, ne se trouverait enfermée dans aucun délai, nul droit ne s'étant formé ou cristallisé à l'issue de celui-ci.

b) Le Conseil d'État n'a pourtant pas suivi cette logique. La question lui était posée à l'occasion d'une requête tendant à l'annulation d'une décision implicite, prise par un maire, qui rejetait une demande de retrait d'un refus de permis de construire¹³⁵⁹. Par un considérant dépourvu de toute ambiguïté, la Haute juridiction a tranché le problème : "la décision refusant le permis de construire (...) n'a fait l'objet d'aucun recours gracieux ni contentieux dans le délai de deux mois et est devenue définitive ; (...) ainsi le maire, saisi d'un recours gracieux présenté par la société requérante - après expiration dudit délai¹³⁶⁰ - n'était pas tenu de retirer ce permis de construire, alors même qu'il aurait été illégal"¹³⁶¹. Quelle que soit la nature de l'acte illégal, l'obligation jurisprudentielle de retrait se trouve donc déterminée par l'existence d'un recours gracieux ou hiérarchique formé avant que l'acte n'ait, d'une façon ou d'une autre, acquis un caractère définitif.

¹³⁵⁵ C.E., 23/02/1979, p.597.

¹³⁵⁶ C.E., 3/11/1922, Dame Cachet, p.790 ; *Sirey* 1925, III, p.9.

¹³⁵⁷ Du moins pour ce qui est des décisions non réglementaires. Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°1156.

¹³⁵⁸ Voir notamment C.E., S., 30/06/1950, Quéralt, précité ;

Et pour une application récente, C.E., 23/11/1990, Centre hospitalier des courses, *Revue du droit public* 1991, p.1748.

¹³⁵⁹ Le refus de permis de construire est en principe considéré comme non créateur de droits : C.E., 12/01/1962, Canton, p.23.

¹³⁶⁰ C'est nous qui précisons.

¹³⁶¹ C.E., 13/07/1977, Société de gestions foncières et d'études et Dame de Farcy de Ponfarcy, p.337.

Paragraphe 2. Confirmation et extension de l'obligation par l'article 2 du décret du 28 novembre 1983

Le décret n°83/1025 du 28 novembre 1983 - auquel il a déjà été fait allusion¹³⁶² - poursuivait, entre autres, l'objectif de clarifier "les conséquences que l'administration doit tirer de l'illégalité des actes réglementaires qu'elle a pris"¹³⁶³. A cette fin, son article 2 a édicté la règle suivante :

"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".

Avant d'entrer dans le détail de l'étude des conditions ainsi posées, une précision préliminaire apparaît nécessaire : dans la mesure où, afin que le système prévu à l'article 2 puisse jouer, doit intervenir au préalable une décision d'annulation, de nombreux auteurs ont considéré que ce mécanisme s'apparentait à une annulation par voie de conséquence ou de connexité¹³⁶⁴. Explicitant cette identification, Mme Bailly¹³⁶⁵ prétend que l'article 2 "correspond à la transposition sur le plan non contentieux du principe de l'annulation par voie de conséquence" dans la mesure où l'annulation d'un acte pourra provoquer, non plus par l'intermédiaire du juge mais par l'entremise de l'administration, la disparition d'une décision identique "sans avoir à justifier - cette disparition - autrement que par - l'annulation - qui a été précédemment prononcée".

Il semble qu'il y ait là, à tout le moins, une erreur dans l'agencement des problèmes, du fait de l'assimilation des dispositions de l'article 2 à des mécanismes conceptuellement très différents. L'annulation, ici, n'est pas primordiale ; elle ne sert que de test et de "détonateur". Nous avons déjà montré¹³⁶⁶ que la censure juridictionnelle d'un acte ne produisait qu'exceptionnellement des effets sur les actes identiques, et les conditions de la connexité sont définies de façon tellement stricte qu'elles ne peuvent à l'évidence être réunies dans le mécanisme qui nous préoccupe maintenant. Ce qui importe réellement dans ce dernier se situe à un tout autre niveau : c'est que le juge ait constaté par voie d'exception l'irrégularité de l'acte base commun à toutes les mesures d'application contestées. Ce n'est pas l'annulation de la première d'entre elles qui entraînera la chute des autres, mais bien la reconnaissance indirecte de l'illégalité du règlement sur le fondement duquel elles ont toutes été prises. Certes, dans un souci de sécurité, les auteurs du décret du 28 novembre 1983 ont imposé que l'instance initiale ait abouti à la censure de la disposition contestée au principal, mais il s'agit là simplement d'une preuve, d'un aval que donne le juge à l'administration afin qu'elle puisse désormais, d'elle même, procéder de façon similaire. Nous nous situons donc assurément ici non dans une

¹³⁶² Cf. *supra*, Titre I, Sous-titre II.

¹³⁶³ Extrait du rapport au Président de la République, J.O., 3/12/1983, p.3492.

¹³⁶⁴ Ainsi par exemple, M. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n°909) le présente comme une hypothèse textuelle d'annulation par voie de connexité s'ajoutant à celles qui ont été dégagées par la jurisprudence, alors que M. G. Delvolvé (*art. cit.* n°88, actualisation 1992) le classe sous l'appellation "annulation par voie de conséquence".

¹³⁶⁵ *Art. cit.* p.1546.

¹³⁶⁶ Voir *supra*, Titre préliminaire.

hypothèse d'effets des annulations, mais bien dans les conséquences qu'est susceptible de faire naître la reconnaissance indirecte de l'irrégularité d'un acte.

Cette remarque effectuée, deux points doivent retenir notre attention.

I - Les objectifs de l'article 2 du décret du 28 novembre 1983

Ils sont de deux ordres et plaident l'un et l'autre en faveur de la reconnaissance d'une portée plus grande à la constatation juridictionnelle de l'illégalité d'un acte administratif général et impersonnel.

A. Le souci d'assurer l'égalité entre administrés confrontés à l'illégalité d'un règlement

Un des objectifs affichés par les auteurs du décret¹³⁶⁷ était de permettre à tout administré placé dans une situation identique à celle ayant fait l'objet d'une annulation juridictionnelle fondée sur l'illégalité d'un règlement reconnue par voie d'exception, d'exiger que les mêmes conséquences juridiques soient tirées à son profit. Dans la conception traditionnelle, nous l'avons vu, du fait de l'effet relatif de chose jugée, rien n'obligeait le juge à épouser la vision qu'un de ses confrères avait pu adopter à l'occasion d'une affaire différente ; un risque d'application non uniforme du droit planait alors¹³⁶⁸, ce qui contrevient au principe général d'égalité devant la loi posé par la Déclaration de 1789. Grâce à la procédure prévue par l'article 2, il n'en va plus de même désormais : dès lors qu'une annulation d'une mesure d'application d'un règlement est intervenue en se fondant sur l'irrégularité de ce dernier, toute personne frappée par une mesure identique est en droit de se prévaloir de cette appréciation pour obliger l'administration à procéder à son retrait. On semble donc à l'abri de toute discrimination dans le traitement des justiciables basée sur des divergences d'appréciation quant à la validité des actes en vigueur.

B. Le souci d'atténuer le phénomène des séries

* Le décret du 28 novembre 1983 fait suite à la publication d'un rapport du Conseil d'État qui dénonçait l'accroissement récent du phénomène dit des "séries", dont les répercussions sur les délais de jugement s'avéraient fâcheuses¹³⁶⁹. La "série" se compose d'un certain nombre d'affaires distinctes, mais dont les données juridiques sont identiques, et dont les données de fait sont "assez semblables pour que, de l'une à l'autre, il n'y ait place que pour des ajustements automatiques et non des appréciations individuelles"¹³⁷⁰. Une des manifestations les plus fréquentes de cet état de fait résultait des recours à répétition formés contre des mesures identiques d'application d'un règlement illégal. Aussi, pour lutter contre cet encombrement inutile des juridictions, le Conseil d'État préconisait une solution relativement simple à mettre en œuvre : il suffisait à l'administration de lui demander "de statuer rapidement sur une affaire type afin de régler les dossiers conformément à la jurisprudence"¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ Voir le rapport au Président de la République précité, p.3492.

¹³⁶⁸ Voir *supra*, Paragraphe précédent.

¹³⁶⁹ *Etudes et documents du Conseil d'État* 1981/82, n°33, p.127 s.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ *Ibid.*, p.129.

* L'article 2 se fait l'écho de ce vœu ; en organisant cette "exception d'illégalité non contentieuse"¹³⁷², il a pour but de remédier autant que faire se peut à la saisine en série de la juridiction administrative. On mise sur le fait que l'instauration d'une obligation de retrait allégera beaucoup plus le travail du juge que ne l'alourdiront les éventuels recours contre les refus de retrait qu'elle risque de susciter^{1373 1374}

II - La portée de l'article 2 du décret du 28 novembre 1983

Cette disposition n'a pas constitué la petite "révolution" à laquelle on pouvait légitimement s'attendre au vu de l'intention initialement affichée par le Gouvernement de "traduire sur le plan du fonctionnement interne de l'administration l'idée d'une nouvelle citoyenneté"¹³⁷⁵. Il s'avère même de portée bien timide par rapport aux règles jurisprudentielles déjà établies.

A. Des apports relatifs

L'article 2 du décret du 28 novembre 1983 confirme, plus qu'il ne complète, l'affirmation de l'obligation de retrait des actes illégaux posée par la jurisprudence antérieure. Il est loisible de s'en rendre compte en esquissant à grands traits le système qu'il met en place.

1 - Un mécanisme assez proche du système jurisprudentiel précédent

a) Précisions préliminaires

A reprendre le libellé de l'article reproduit un peu plus haut, on s'aperçoit que cette disposition permet aux administrés de "bénéficier de l'exception d'illégalité soulevée avec succès par autrui contre un règlement"¹³⁷⁶. Quelques précisions s'imposent toutefois, certains points de la formulation choisie pouvant paraître à première vue relativement obscurs :

* S'agissant de la décision juridictionnelle préalable, il convient tout d'abord de souligner le caractère définitif qui doit, selon le texte, s'attacher à celle-ci : le mécanisme ne jouera que lorsque cette dernière, soit par épuisement des voies de recours ouvertes contre elle, soit par expiration des délais prévus à cet effet, sera insusceptible d'une quelconque remise en cause.

* S'agissant de la demande adressée à l'administration, plusieurs points méritent notre attention :

¹³⁷² Selon l'expression de Mme Bailly, *art. cit.*, p.1537.

¹³⁷³ Tant il est vrai que ces règles de procédure s'avèrent souvent constituer de véritables "nids à contentieux", "parce que les administrés, sachant qu'elles existent, -peuvent- invoquer leur violation à l'appui d'un recours" (MM. Maisl, Wiener et Woehrling, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, *art. cit.*, p.140).

¹³⁷⁴ Le système mis en place par l'article 2 n'a pas donné, sur ce point, les résultats escomptés : ainsi par exemple, en 1992, les tribunaux administratifs ont-ils été saisis de 27000 requêtes en matière de supplément familial de traitement des agents publics posant toutes les mêmes questions ! Aussi a-t-il semblé nécessaire de fournir une réponse contentieuse à ce phénomène, ce dont s'est chargée la loi du 8 février 1995 qui étend l'article L.9 du Code T.A.-C.A.A. (habilitant les présidents de juridictions à se prononcer seuls, par ordonnance), aux affaires de "série" (sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I).

¹³⁷⁵ Cf. MM. Maisl, Wiener et Woehrling, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, *art. cit.* p.140.

¹³⁷⁶ P. Delvolvé, *Revue française de droit administratif* 1984, *art. cit.* p.33.

- En premier lieu, il faut noter qu'à l'instar de l'obligation jurisprudentielle de retrait des actes illégaux, le déclenchement du mécanisme est subordonné à l'existence d'une telle demande. Comme le remarque M. Delvolvé¹³⁷⁷, "il ne paraît pas que l'administration puisse spontanément prendre l'initiative de remettre en cause les actes non réglementaires pris sur la base du règlement déclaré illégal. Une démarche des administrés reste nécessaire". Cependant, l'intérêt exigé pour pouvoir présenter cette requête semble largement entendu, puisque l'article 2 parle de "toute demande". L'initiative ne paraît donc pas limitée à la personne directement visée par la mesure contestée, mais peut au contraire émaner de tout administré à même de se prévaloir d'un quelconque intérêt à cette fin.

- L'expression "objet identique" doit être ensuite explicitée : puisque l'administration ne peut pas, à proprement parler, "annuler" une de ses décisions, il faut bien sûr entendre par là que la demande de l'administré doit tendre à l'équivalent non contentieux d'une annulation, c'est-à-dire au retrait de la mesure contestée. Cette dernière doit en outre s'apparenter à celle ayant fait l'objet de la censure juridictionnelle initiale - mesure d'application identique ou du moins équivalente. Qu'il nous soit toutefois permis de trouver plutôt maladroite la terminologie adoptée par le décret, lorsqu'on sait que la jurisprudence du Conseil d'État considère classiquement comme ayant un objet différent deux demandes tendant à l'annulation de décisions distinctes, alors même qu'il existe un lien entre ces dernières¹³⁷⁸. Appliquer strictement ces principes au libellé de l'article 2 aboutirait à l'évidence à un non-sens.

- Précisons également que la formule "autorité compétente" doit s'entendre comme incluant non seulement l'auteur de l'acte mais aussi son supérieur hiérarchique, dans la mesure où la jurisprudence traditionnelle ne différencie pas, en la matière, les obligations de retrait pesant sur l'un et l'autre¹³⁷⁹.

b) Consécration et enrichissement partiel de l'état du droit

Deux points vont ici se contrebalancer :

* On aurait pu tout d'abord penser que l'expression "nonobstant l'expiration des délais de recours" apportait une réelle révolution en la matière. Il est vrai qu'afin que puisse être accueillie par le juge une exception d'illégalité, la mesure d'application doit lui être déférée dans le délai du recours pour excès de pouvoir prévu à son encontre¹³⁸⁰. En outre, on a vu que l'obligation de retrait qui avait été dégagée par la jurisprudence était elle aussi enfermée dans ledit délai¹³⁸¹.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Cette remarque vaut du moins pour les actes créateurs de droits, ceux qui n'en génèrent pas pouvant être, nous l'avons dit, retirés à toute époque, et pour quelque motif que ce soit par, leur auteur. C.E., S., 23/02/1968, *Sieur Perdereau*, p.136 ; et C.E., 22/11/1968 *Syndicat chrétien de l'administration centrale des affaires sociales*, précité.

¹³⁷⁹ Voir *supra*.

¹³⁸⁰ Sans quoi le recours principal serait bien évidemment estimé irrecevable : C.E., 13/05/1935, *Munier*, p.533.

¹³⁸¹ Voir Paragraphe précédent.

* Mais il nous faut aussitôt souligner que l'article 2 exclut de son champ d'application les actes ayant créé des droits au profit des tiers¹³⁸². La portée du changement opéré par celui-ci apparaît dès lors relativement modeste :

- Comme on le sait en effet, la jurisprudence avait déjà posé le principe de l'obligation de retirer les actes illégaux. Or, en matière d'actes créateurs de droits, cette obligation était soumise à la condition de délai, que l'acte profite au destinataire de la décision (en vertu de la jurisprudence *Dame Cachet*) ou à des tiers¹³⁸³. Le décret n'a donc qu'une valeur confirmative à l'égard des solutions intéressant ce type d'actes : soit la solution illégale considérée crée des droits au profit de son destinataire, et les tiers ne peuvent en obtenir le retrait que dans le délai contentieux ; soit elle en crée au profit des tiers, et le destinataire reste lui aussi soumis à la même forclusion¹³⁸⁴. Il convient toutefois de souligner une "amélioration" susceptible d'être engendrée par le décret à l'égard des actes créateurs de droits et concernant un cas particulier : celui dans lequel la personne directement intéressée et unique bénéficiaire de la décision demande le retrait de celle-ci, afin de la voir remplacée par une situation encore plus favorable. Antérieurement, le juge permettait dans cette hypothèse à l'administration d'accéder à cette requête, et ce alors même que les conditions exigées par la jurisprudence *Cachet* n'était pas réunies¹³⁸⁵. Mais le retrait demeurerait alors une simple faculté pour l'autorité compétente. Désormais, cela reste vrai si la décision dont on sollicite le remplacement était légale¹³⁸⁶ ; mais on peut légitimement se demander, au cas contraire, s'il n'est pas fait obligation à l'administration d'y procéder, dès lors que toutes les conditions posées à l'article 2 sont réunies¹³⁸⁷.

- En fin de compte, le seul renversement d'une certaine ampleur opéré par le texte de l'article 2 semble intéresser les actes non créateurs de droits illégaux. On a vu que la jurisprudence *Dame Farcy de Ponfarcy* subordonnait elle aussi l'obligation de retirer de telles décisions à une demande en ce sens formée dans le délai de recours¹³⁸⁸. Désormais, il faut considérer que la condition de délai n'est plus de mise ici : l'obligation de rapporter un tel acte pèse sur l'autorité compétente dès lors qu'on la sollicite en ce sens, à condition bien sûr de se situer dans le champ

¹³⁸² Cette dernière expression nécessite quelque éclaircissement, car elle recouvre plusieurs réalités, selon que la demande de retrait provient du destinataire de la décision contestée, ou qu'elle émane d'autres administrés : dans le premier cas, il s'agit des tiers à la décision stricto sensu ; dans le second, l'expression doit s'entendre comme "tiers à la requête", ce qui inclut nécessairement la personne directement visée par la mesure contestée. Voir sur ce point P. Delvolvé, *art. cit.* p.34.

¹³⁸³ Cela se rencontre essentiellement en matière de sanctions disciplinaires de la fonction publique. Cf. par exemple C.E., 6/02/1948, Dlle Mollet et Salvan, p.62 ; *Gazette du Palais* 1948, I, p.181, conclusions Chenot. Cependant, on en trouve des hypothèses dans d'autres contentieux, comme celui de l'urbanisme (voir notamment : C.E., S., 4/05/1984, Epoux Poissonnier, p.162 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.511, conclusions D. Labetoulle ; *Dalloz* 1985, p.246, note Fernandez).

¹³⁸⁴ A noter cependant les droits des tiers ne se cristallisent que si l'acte considéré a fait l'objet d'une publication. "Or, celle-ci se révèle parfois insuffisante ou défectueuse, si bien que l'acte n'est pas définitif et, dans ce cas, la règle générale du retrait (...) peut -continuer- à s'appliquer" (C. Lepage-Jessua, *art. cit.* p.152).

¹³⁸⁵ Cf. C.E., S., 9/01/1953, Desfours, p.5 ; C.E., 20/07/1988, Mme Denis, p.298.

Mais le juge veille à ce que le retrait ne nuise en rien aux droits des tiers, et ne conduise pas à faire place à une décision plus sévère (C.E., 23/07/1974, Gay, p.442 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.534, note MM. Franc et Boton).

¹³⁸⁶ C.E., 18/06/1988, Cne de Sèvres c/ Cau ; *Droit administratif* 1988, n°405.

¹³⁸⁷ On comprendrait dès lors pourquoi Mme Lepage-Jessua a pu écrire que "l'article 2 du décret, ayant été édicté dans l'intérêt des administrés (...), il ne sera utilisé dans la quasi totalité des cas que pour permettre aux intéressés de bénéficier d'une situation plus favorable sans que le caractère irréversible d'une situation puisse leur être opposé" (*art. cit.* p.152).

¹³⁸⁸ Voir *supra*.

d'action de l'article 2. Mais il nous faut immédiatement mettre en avant que celui-ci est loin d'être illimité.

2 - Un mécanisme dont le champ d'action se révèle conceptuellement restreint

Quatre bornes viennent circonscrire la zone dans laquelle le principe de retrait obligatoire dégagé par l'article 2 trouve à s'appliquer :

a) La limite tenant à la juridiction qui a statué

La décision juridictionnelle définitive qui constitue le point de départ du processus étudié doit émaner, selon le texte même du décret, des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État. Des voix se sont élevées pour dénoncer la "discrimination aberrante"¹³⁸⁹ que pratiquait cette disposition entre les décisions provenant desdites juridictions et celles que pouvaient rendre certaines juridictions administratives spéciales - tels que les conseils du contentieux administratif institués dans les T.O.M. - exerçant pourtant un pouvoir d'annulation comparable à celui d'un tribunal administratif et pouvant *a priori* connaître d'une exception d'illégalité, en vertu du principe qui veut que le juge de l'action soit aussi le juge de l'exception¹³⁹⁰. Ainsi Mme Bailly¹³⁹¹ a-t-elle critiqué cette différence de traitement, paraissant "d'autant plus contestable que les décisions de telles juridictions peuvent ne pas faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État et devenir ainsi définitives" ; elles ne pourraient dès lors servir de point de départ au processus prévu à l'article 2, à l'inverse de celles qui auront été confirmées en appel par la Haute juridiction. On peut parallèlement se demander, à l'heure où les Cours administratives d'appel reçoivent de plus en plus de compétence en matière d'excès de pouvoir, si l'article 2 pourrait jouer suite à une décision définitive rendue par l'une d'elles. Il serait ici encore difficilement compréhensible que ce nouveau degré juridictionnel de droit commun soit tenu à l'écart d'un mécanisme dont la vocation générale est indéniable. Il reste donc à souhaiter que le texte du décret vienne à subir quelques modifications pour lui permettre de jouer en présence d'une décision définitive émanant d'une juridiction administrative quelle qu'elle soit.

b) La limite tenant au mode de contestation de l'acte illégal

La procédure mise sur pied par l'article 2 étant conditionnée par l'annulation d'une mesure d'application du règlement illégal, il s'en suit que le mode de reconnaissance de cette irrégularité est nécessairement une exception d'illégalité *stricto sensu*¹³⁹². Cette condition exclut *ipso facto* du champ d'application du décret étudié les déclarations d'illégalité sur recours direct en appréciation de validité. Cette restriction paraît regrettable dans la mesure où, comme on l'a déjà remarqué¹³⁹³, il n'existe aucune différence de nature entre ces différents modes de constatation des illégalités. Distinguer les conséquences qu'ils sont susceptibles d'entraîner semble de ce fait parfaitement arbitraire et artificiel.

¹³⁸⁹ J. Barthélémy, *Jurisclasseur Dalloz*, Fascicule précité, n°126.

¹³⁹⁰ Voir, appliquant ce principe à des juridictions spéciales :

C.E., 4/05/1951, *Grab Sonyd*, p.243 ; et C.E., S., 26/07/1982, *Boissier*, p.302, concl. P. Dondoux.

¹³⁹¹ *Art. cit.* p.1542

¹³⁹² Et une exception d'illégalité soulevée à l'appui d'un recours en annulation, à l'exclusion de toute autre demande principale : Cf. T.A. Paris, 11/06/1992, Caisse de règlement pécuniaire des avocats à la C.A. de Paris, *La semaine juridique* 1993, IV, p.194 (non application du décret dans le cas où le juge a accordé à un justiciable la décharge d'une obligation financière en considération de l'illégalité du règlement qui avait institué cette dernière).

¹³⁹³ Cf. *supra*, Introduction.

c) La limite tenant à la nature des mesures d'application contestées

Le libellé de l'article 2 s'attache seulement à la mise en cause des actes "non réglementaires" : seuls ceux-ci sont susceptibles de lancer le mécanisme prévu, et par conséquent de faire l'objet d'un droit de retrait automatique. Cette condition pourrait sembler une fois de plus particulièrement maladroite, lorsque l'on sait qu'une exception d'illégalité peut être également soulevée à l'appui d'un recours contre une mesure réglementaire d'application¹³⁹⁴. Sachant que de tels actes sont insusceptibles de créer des droits à leur maintien, rien ne paraît justifier leur mise à l'écart du mécanisme prévu. Mais les auteurs du décret ont sans doute voulu signifier que ces mesures réglementaires entrent de plain-pied dans la procédure d'abrogation obligatoire prévue à l'article 3 du même texte¹³⁹⁵, nettement mieux adaptée à ce type de mesures¹³⁹⁶.

d) La limite tenant aux forclusions instituées par la loi

Le problème s'est posé relativement à l'article L.55 du Code des pensions civiles et militaires de retraite dans sa rédaction antérieure à la loi du 7/06/1977, qui enfermait toute possibilité de révision ou de suppression de la pension ou de la rente viagère d'invalidité, en cas d'erreur de droit, dans un délai de six mois, délai au delà duquel celles-ci étaient réputées "définitivement acquises". La Cour administrative d'appel de Bordeaux¹³⁹⁷, puis le Conseil d'État¹³⁹⁸ ont écarté dans ce cas l'application de l'article 2 sollicitée par les requérants au motif que "ces dispositions, de valeur réglementaire, ne sauraient avoir pour effet de faire obstacle à une forclusion qui (...) résulte de la loi"¹³⁹⁹. M Barthélémy¹⁴⁰⁰, citant l'arrêt de la Cour administrative d'appel, estimait que "seule l'érection de la règle posée à l'article 2 du décret en principe général du droit comme l'a décidé le Conseil d'État pour les dispositions de l'article 3 (dans l'arrêt *Alitalia*) pourrait vaincre cet obstacle à son application dans ce cas précis". Nous ne sommes pas persuadé de la pertinence de cette remarque : les motifs qui ont poussé le Conseil d'État à agir ainsi s'agissant de l'article 3 étaient, nous l'avons vu, de pallier l'illégalité de cette disposition et, en cela, il conviendrait de se demander si la même démarche n'est pas à suivre pour ce qui est de l'article 2, tant il est vrai qu'"il fallait procéder par voie législative pour atteindre les actes des autorités administratives dans leur ensemble", et plus particulièrement ceux des collectivités locales¹⁴⁰¹ ; mais jamais le Conseil d'État ne s'est servi d'un principe général du droit pour écarter l'application d'une disposition législative expresse¹⁴⁰².

¹³⁹⁴ C.E., Ass., 15/07/1954, Comité de défense des libertés professionnelles des membres de l'Ordre des experts comptables et comptables agréés, p.488 ; *Droit social* 1955, p.73, conclusions Grevisse.

¹³⁹⁵ Voir *supra*, Titre I, Sous-titre II.

¹³⁹⁶ Voir sur ce point R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°1156.

¹³⁹⁷ 4/07/1989, Ministre de l'économie c/ Coste, *Lebon* p.474 ; *Droit administratif* 1989, n°589.

¹³⁹⁸ 14/06/1991, Ministre du budget c/ Albingre, p.1117.

¹³⁹⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰⁰ *Art. cit.*, actualisation 1990, n° 123 s.

¹⁴⁰¹ P. Delvolvé, *art. cit.*, p. 22.

¹⁴⁰² En effet, si une loi peut écarter un P.G.D. (C.C., jurisprudence Protection des sites, précitée), l'inverse n'est pas vrai. Et s'il est arrivé au Conseil d'État de tirer dans le sens d'un principe général l'interprétation d'une loi jusqu'à affirmer la suprématie du premier presque *contra legem* (voir notamment la célèbre décision Dame Lamotte, C.E., Ass, 17/02/1950, p.110 ; *Revue du droit public* 1951, p.478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline), celui-ci n'a jamais procédé de la sorte si la disposition législative excluait expressément l'application d'un principe général du droit.

B. Le respect des principes traditionnels

L'édiction de l'article 2 a parfois été saluée comme représentant une "extension nouvelle des effets de chose jugée" dévolus à la reconnaissance de l'illégalité d'un règlement par voie d'exception¹⁴⁰³ ; on est même allé jusqu'à parler d'"une sorte d'autorité quasi absolue de chose jugée"¹⁴⁰⁴. C'est aller trop loin ; il s'agit en fait d'une méprise, d'une illusion d'optique :

1 - Ce faux-semblant peut assez aisément s'expliquer. On a pu effectivement penser que l'autorité ainsi reconnue à l'exception d'illégalité équivalait à celle d'une annulation, voire dépassait celle-ci. C'est M. P. Delvolvé qui, le premier¹⁴⁰⁵, a dénoncé ce qu'il qualifiait de solution "aberrante"¹⁴⁰⁶ et qui consistait à permettre aux administrés de se prévaloir d'une exception d'illégalité soulevée avec succès dans un débat juridictionnel antérieur afin de contraindre l'administration à retirer une mesure les concernant malgré l'expiration des délais de recours à son encontre, alors qu'aucune règle similaire n'existe lorsque le règlement de base a purement et simplement été annulé par le juge de l'excès de pouvoir¹⁴⁰⁷. Sur ce point précis, l'article 2 a donc semblé conférer une autorité plus grande à l'exception d'illégalité qu'à l'annulation elle-même. De là à y voir une autorité "quasi absolue" de chose jugée, il n'y avait qu'un pas.

2 - Mais c'est un pas qu'il ne fallait pas franchir, et cela pour deux raisons :

a) L'autorité absolue imposerait tout d'abord à l'administration de revenir d'elle-même sur certaines situations qui se trouveraient remises en cause du fait de l'intervention de la décision juridictionnelle. Ainsi en matière d'annulation, l'autorité compétente est parfois tenue, en dehors de tout recours, de réviser certains de ses actes¹⁴⁰⁸. Tel n'est pas le cas ici puisque, nous l'avons déjà souligné, le jeu du mécanisme institué par l'article 2 est subordonné à une demande de retrait émanant d'un administré.

b) Mais surtout l'autorité absolue d'une décision l'impose également aux diverses juridictions, qui doivent tenir compte de l'intervention de celle-ci dans leurs jugements à venir. Or, dans le système qui nous intéresse, le juge n'est pas au nombre des "autorités compétentes" tenues, selon le texte du décret, de faire droit aux demandes de mise à néant des mesures d'application du règlement déjà déclaré illégal. M. Auby l'a bien démontré en soulignant que ces termes employés par l'article 2 "ne désignent habituellement pas une juridiction" et qu'"il semble difficile d'admettre qu'un simple décret ait pu ainsi émettre une injonction à l'égard d'une juridiction, ou encore déterminer le contenu de l'autorité de chose jugée, principe habituellement considéré comme de niveau législatif"¹⁴⁰⁹. C'est pourquoi il nous semble bien difficile de partager la position de Mme Lepage-Jessua pour qui l'article 2 a entraîné "la

¹⁴⁰³ Mme Lepage-Jessua, *art. cit.*, p. 151.

¹⁴⁰⁴ J. Barthélémy, *art. cit.*, n° 126.

¹⁴⁰⁵ D'autres ont plus tard repris sa thèse, comme par exemple M. Boutet, *Revue du droit public* 1990, *art. cit.* p. 1743.

¹⁴⁰⁶ *Art. cit.*, p.34.

¹⁴⁰⁷ Cette différence s'expliquait selon lui par la référence au principe d'égalité. Sur ce point, et la critique que lui adresse l'auteur, Cf. *ibid.*

¹⁴⁰⁸ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴⁰⁹ *Art. cit.* p. 136.

création d'un nouveau moyen d'ordre public"¹⁴¹⁰ : cette disposition n'oblige en effet en rien le juge à soulever d'office une constatation antérieure de l'illégalité d'un règlement par voie d'exception dans une affaire distincte, et rien n'autorise à affirmer que la jurisprudence classique a été, sur ce point précis, renversée.

c) On peut d'ailleurs s'estimer en droit de regretter le manque d'ambition de l'article 2 à cet égard : excluant de son champ d'application la reconnaissance de l'illégalité d'un règlement au travers d'un recours direct en appréciation de validité ou d'une annulation pour s'intéresser exclusivement aux conséquences d'une exception d'illégalité, et, s'agissant de cette dernière, se contentant d'un léger aménagement des solutions déjà établies par la jurisprudence -tout en prenant bien garde à ne point bouleverser les principes traditionnels qui les régissent-, cette disposition reflète parfaitement la prudence excessive caractérisant l'ensemble du décret et maintes fois fustigée par divers auteurs. Rappelons que ce texte se présente comme l'"ersatz"¹⁴¹¹ d'un projet législatif initial beaucoup plus vaste, tendant à élaborer un véritable code de procédure administrative non contentieuse, un ensemble de dispositions hétéroclites et souvent mal pensées sauvées de l'échec des objectifs primaires¹⁴¹². Cela est particulièrement patent pour ce qui est des conséquences à tirer de l'illégalité des actes administratifs, que "le décret ne vient malheureusement pas (...) codifier ou (...) réorganiser dans -leur- ensemble"¹⁴¹³. Seule une grande loi aurait pu réaliser la réforme globale et profonde que nécessite la matière, et rendre cohérentes les solutions, trop souvent empiriques, donnés aux différents problèmes qu'elle soulève. Puisqu'il n'en a pas été ainsi, on ne s'étonnera pas que "l'administration sorte assez peu touchée par cette réforme (...) modeste et mal rédigée"¹⁴¹⁴ ; et l'on est tenté de considérer qu'il en va de même pour le Conseil d'État, peu enclin à une application extensive des nouveaux textes en ce domaine.

Ne restons pas sur cette impression négative : la bipolarité rigide qu'exposait le clivage classique a incontestablement été mise à mal par les différentes règles sus-exposées. Une déclaration d'illégalité peut actuellement produire ses effets sur une chaîne d'actes nettement plus large que celle qui se contente d'unir l'acte directement concerné et l'acte-conséquence dont le contentieux a servi de fondement à cette reconnaissance. Et l'assouplissement du lien traditionnellement exigé entre ces deux décisions que l'on enregistre aujourd'hui contribue à une telle extension.

¹⁴¹⁰ *Art. cit.*, p. 151.

¹⁴¹¹ P. Delvolvé, *art. cit.* p. 21.

¹⁴¹² Sur les raisons et l'historique de cet échec, voir notamment MM. Maisl, Wiener et Woehrling, *art.cit.* p.139 s.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p.144.

¹⁴¹⁴ B. Delaunay, "L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés", *Revue Juridique du Centre-Ouest*, 1992, p.3 ; et, développant cette idée, voir l'ouvrage du même auteur, *L.G.D.J.* 1993 (*op. cit.*).

CHAPITRE 2. L'ASSOUPLISSEMENT DU LIEN EXIGE ENTRE ACTE ARGUE D'ILLEGALITE ET ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL

Une des restrictions classiques qui amoindrissent la portée de la déclaration d'illégalité, par rapport à celle d'une annulation procède des caractères qu'on impose à l'acte dont la contestation lui sert de fondement: ce dernier ne saurait constituer qu'un acte-conséquence de l'acte dont on invoque l'irrégularité ; il lui faut en outre satisfaire à la qualification de "mesure d'application" dès lors qu'il s'agit de remettre en cause la validité d'une décision réglementaire¹⁴¹⁵. Or, chacune de ces deux exigences semble avoir été délaissée dans certaines hypothèses, les unes très ponctuelles, les autres beaucoup moins -eu égard notamment aux nombreux actes qu'elles concernent ou aux perspectives qu'elles ouvrent. Trois contentieux sont concernés au premier chef : celui des contrats, celui des textes répressifs et celui l'urbanisme.

SECTION 1. L'ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL PEUT EXCEPTIONNELLEMENT NE PAS CONSTITUER UN ACTE-CONSEQUENCE DE L'ACTE ARGUE D'ILLEGALITE

La théorie de l'exception veut que seul un acte-conséquence puisse être touché en ricochet par la constatation de l'irrégularité qu'on appelle à son encontre ; alors que l'annulation étend parfois ses retombées à certains actes antérieurs ou contemporains à la décision qu'elle frappe, la simple déclaration d'illégalité ne produira d'effet que sur l'unique acte postérieur contesté, à titre principal. Telle est du moins la vision traditionnelle, et il est vrai qu'elle correspond très généralement à la réalité contentieuse ; mais pas complètement toutefois, car il est un exemple atypique et néanmoins remarquable dans lequel l'acte dont on poursuit l'annulation ne saurait être assimilé à un acte-conséquence de celui dont on excipe l'illégalité à cette fin : on veut parler de la possibilité d'obtenir la censure d'un acte détachable du contrat en conséquence de la reconnaissance de l'illégalité de ce dernier.

Paragraphe 1. La permission de contester la régularité d'un contrat au soutien d'un recours en annulation contre un acte détachable de sa formation

Personne - à notre connaissance - ne s'est jamais posé la question de savoir quelle était la nature du mécanisme qui permettait au requérant qui attaque une mesure détachable d'une convention devant le juge de l'excès de pouvoir, d'invoquer à l'appui de son recours l'irrégularité du contrat dont on l'a dissociée¹⁴¹⁶. Il est vrai qu'à première vue, cette possibilité, semble aller de soi¹⁴¹⁷. Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'il s'agit d'un procédé peu

¹⁴¹⁵ Sur tous ces points, Cf. *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴¹⁶ Ce mécanisme ne doit pas être confondu avec celui -prohibé par le droit positif- qui consisterait à appuyer un recours pour excès de pouvoir sur des moyens tirés de la violation des clauses contractuelles (qui ne sont pas des moyens de légalité). Voir, rappelant l'interdiction traditionnelle faite à un requérant de se prévaloir de tels moyens, C.E., Ass., 8/01/1988, Communauté urbaine de Strasbourg, p.2 ; *Revue française de droit administratif* 1988, p.25, conclusions S. Daël ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.137, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffreÿ ; *La semaine juridique* 1988, n°21084, note R. Drago ; *La Revue administrative* 1988, p.141, note Ph. Terneyre.

¹⁴¹⁷ Ainsi, R. Chapus (*Droit du contentieux administratif, op. cit.*, n°695-3) estime "normal qu'une décision détachable du contrat puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir fond, sur l'illégalité de ce contrat".

compatible avec les schémas traditionnels, puisque comparable à une exception d'illégalité soulevée au soutien de la demande d'annulation d'un acte qu'on ne saurait, à proprement parler, nommer "acte-conséquence" de la convention prétendue viciée.

I - La contestation incidente du contrat s'apparente bien à une exception d'illégalité

Tout paraît correspondre au mécanisme normal de l'exception : le moyen tiré du vice de légalité du contrat est soulevé incidemment en vue d'obtenir l'annulation d'une mesure dont la régularité lui est assujettie.

A. L'illégalité du contrat est invoquée au soutien d'un recours en annulation

La jurisprudence a très tôt admis que, "pour faire annuler un acte détachable parfaitement régulier en lui-même, le requérant puisse invoquer l'illégalité d'une ou des stipulations du contrat"¹⁴¹⁸. Cela se vérifie particulièrement lorsqu'est attaqué un acte détachable de la formation du contrat - ce qui d'ailleurs constitue le cas le plus fréquent, la détachabilité des actes postérieurs à la formation du lien contractuel s'avérant nettement plus exceptionnelle¹⁴¹⁹ : ainsi le motif de l'irrégularité du contrat a-t-il pu être soulevé à l'encontre de la décision de le conclure¹⁴²⁰ comme au soutien du recours intenté contre l'acte de passation¹⁴²¹ ou d'approbation¹⁴²². Nous sommes donc bien en présence d'un mécanisme qui réunit tous les "ingrédients" de l'exception d'illégalité : une mesure dont on poursuit l'annulation en faisant valoir une irrégularité affectant un acte à laquelle elle est étroitement liée. Qui plus est, si le contrat est reconnu illégal, l'acte détachable tombera en conséquence.

B. L'illégalité du contrat conditionne celle de l'acte détachable

Dès qu'un des moyens incidents apparaît fondé au juge de l'excès de pouvoir, il censurera l'acte détachable attaqué "par voie de conséquence"¹⁴²³ de l'illicéité constatée, c'est-à-dire même si celui-ci était exempt de tout vice propre.¹⁴²⁴ Pour ne prendre que deux exemples, subit le contrecoup de l'irrégularité du contrat l'acte décidant de passer une convention par laquelle a été enfreint le principe qui interdit à une autorité disposant d'un pouvoir de police de

¹⁴¹⁸ Ph. Terneyre, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, art. cit., p.73.

¹⁴¹⁹ Il n'en existe pas moins des hypothèses, et dans ces cas, le moyen tiré de l'illégalité du contrat peut être également invoqué : Cf. C.E., S., 24/04/1964, Société anonyme L.I.C., p.239, *Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p. 293, chron. J. Fourré et M. Puybasset et p.308, conclusions M. Combarous ; *Dalloz* 1964, p. 665, note C. Debbasch (arrêt précité).

¹⁴²⁰ C.E., 9/11/1934, Chambre de commerce de Tamatave, p.1034 ; C.E., 12/07/1918, Lefebvre, p.698 ; et plus récemment C.E., 8/03/1985, Association "Les amis de la terre", p.73 ; *Revue française de droit administratif* 1985, p.363, conclusions P.-A. Jeanneney ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.382, obs. J. Moreau (arrêt précité).

¹⁴²¹ C.E., 7/02/1936, Département de la Creuse, p.171 ; 20/01/1978, Syndicat national de l'enseignement agricole public, p.22 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, p.37, conclusions R. Denoix de Saint-Marc.

¹⁴²² C.E., 2/12/1983, Confédération des Syndicats médicaux français et Conseil départemental de l'ordre des médecins du Morbihan, p.469 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1983, p.664, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; *Droit social* 1984, p.144, conclusions D. Labetoulle et p.151, note X. Prétot.

¹⁴²³ L'expression est employée par l'arrêt Confédération des Syndicats médicaux français précité.

¹⁴²⁴ Mais cette censure peut n'être que partielle lorsque le juge ne déclare illégales qu'une ou plusieurs clauses du contrat ; sur ce problème, voir Ph. Terneyre, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, art. cit., pp.74/75.

l'exercer par voie contractuelle¹⁴²⁵ ; le même sort est réservé à l'acte de signature et d'approbation d'un contrat entre l'État et une association organisatrice de travaux d'utilité collective qui avait été établi en violation des dispositions décrétales applicables¹⁴²⁶. Malgré cette subordination juridique de l'acte détachable au contrat à la formation duquel il a participé, de sérieux doutes pèsent sur sa nature d'acte-conséquence de celui-ci.

II - L'acte détachable de la formation du contrat ne s'apparente pas un acte-conséquence

Pour présenter toutes les caractéristiques de l'acte-conséquence, la mesure attaquée au principal ne doit pas seulement remplir la condition d'assujettissement à la légalité de la décision dont le vice est incidemment contesté (condition remplie, comme nous venons de le dire, dans le contentieux étudié). Il importe en second lieu qu'elle s'analyse comme une mesure subséquente de celle dont elle va recueillir l'irrégularité. Toutes les formes classiques de l'exception vérifient cette condition, qu'il s'agisse de remettre en question la légalité d'un règlement - la "mesure d'application" qui donne prise à l'exception ne pouvant être qu'ultérieure à celui-ci, puisque s'inscrivant dans un cadre juridique qu'il a préfixé- ou d'une décision non réglementaire -le rapport d'"influence" suppose lui aussi une antécédence de la mesure qui influe sur celle qui est contestée au principal¹⁴²⁷. Or, cette chronologie est complètement bouleversée dans l'hypothèse où est soulevé, à l'appui d'un recours visant un acte détachable de la formation du contrat, le moyen tiré de l'illicéité de celui-ci, et ce sans qu'aucune théorie ne vienne expliquer valablement cette atteinte au schéma classique.

A. L'absence d'une postériorité juridique

L'acte détachable de la formation d'un contrat n'est pas constitutif d'un acte-conséquence de la convention dont on l'a séparé pour la bonne et simple raison qu'il en précède juridiquement la constitution. On pense notamment à la décision de passer le contrat, qui préexiste nécessairement au contrat lui-même, et peut d'ailleurs être querellée devant le juge avant même que la convention qu'il envisage soit définitivement conclue¹⁴²⁸. Mais il en va exactement de même pour les actes de passation effective ou d'approbation du contrat : bien évidemment, pour eux, on ne peut parler d'antériorité matérielle par rapport à la convention, puisqu'on connaît forcément le contenu exact de celle-ci lorsqu'ils interviennent. Il n'empêche qu'ici encore, du moment qu'on admet la fiction qui dissèque l'acte bilatéral en deux décisions unilatérales se rencontrant, on a affaire juridiquement parlant à des actes qui précèdent immédiatement l'acte contractuel, dans la mesure où ce dernier n'acquiert d'existence qu'une fois qu'ils seront accomplis. Nous sommes donc en présence, lorsque le contrat est contesté au soutien de leur mise en cause, d'un mécanisme qui s'apparente à l'exception d'illégalité de par sa conception même, mais qui fait subir les conséquences de l'irrégularité ainsi constatée à un acte qui, du fait de sa précocité, ne saurait être assimilé à ceux qui encourent normalement ce procédé¹⁴²⁹. Or, aucune théorie ne semble devoir expliquer cette entorse aux règles traditionnelles

¹⁴²⁵ Arrêt "Les amis de la terre" précité.

¹⁴²⁶ T.A. Paris, 12/06/1987 Syndicat national des personnels de préfecture C.G.T.-F.O., *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.592, note J.-Y. P. .

¹⁴²⁷ Pour vérifier tous ces points, se reporter *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴²⁸ Voir sur ce point le *Traité des contrats* précité, n°1824.

¹⁴²⁹ Il en va différemment lorsque, par exception, l'acte détachable attaqué au principal est une mesure d'exécution du contrat, car ici elle sera, par hypothèse, postérieure à sa conclusion. Remettre en cause cette mesure en

B. Une absence que rien ne justifie

Alibert a tenté d'expliquer l'anomalie qui nous préoccupe en affirmant que "les auteurs de la délibération ou de l'acte de tutelle se sont appropriés l'illégalité des clauses contractuelles proprement dites"¹⁴³⁰. Cette assertion ressemble plus à un aveu d'impuissance à analyser le phénomène qu'à une réelle clé du problème, dans la mesure où l'on voit mal comment l'administration pourrait, lors de l'édition d'une décision, "s'approprier" l'irrégularité d'un acte qui, juridiquement, n'existe pas encore¹⁴³¹. Deux idées viennent alors immédiatement à l'esprit de celui qui tente de dépasser cette première approche : celle d'abord de la théorie de l'opération complexe, qui expliquerait la solidarité des différents éléments du processus contractuel et justifierait la possibilité de soulever l'illégalité de n'importe quelle phase au soutien d'un recours dirigé contre n'importe quelle autre ; ensuite - dans une optique légèrement divergente - celle d'"acte dominant", développée par P. Weil¹⁴³², qui laisse à penser que l'illicéité du contrat, acte qui se situe au coeur même de l'opération contractuelle, serait invocable pour permettre la chute de tous les "actes-satellites"¹⁴³³ qui gravitent autour de lui, qu'ils se situent en amont - actes de formation du contrat - ou en aval - actes d'exécution de celui-ci. Aucune de ces deux idées ne résiste pourtant à un examen légèrement approfondi.

1 - Ni la théorie des opérations complexes

La réalisation de certaines opérations administratives suppose l'édition de nombreux actes conceptuellement indépendants, voire hétérogènes, mais dont la seule raison d'être est de concourir à la concrétisation d'un but commun. L'opération contractuelle est de celles-là, et il suffit, pour s'en convaincre, de considérer tous les actes détachables qui participent à sa conclusion. Dès lors pourrait germer l'idée de tenter d'expliquer la "bizarrerie" qui nous préoccupe par l'entremise de la théorie procédurale de l'opération complexe - théorie dont la définition semble parfaitement s'appliquer au processus contractuel¹⁴³⁴. Celle-ci autorise en effet certaines libertés par rapport aux règles qui gouvernent classiquement le mécanisme de l'exception. Hélas, son usage s'avère ici totalement inopérant, et ce pour deux raisons :

- Nous serons amené tout d'abord à constater que la fonction principale - et quasi exclusive - de la théorie de l'opération complexe réside dans l'assouplissement d'une règle de recevabilité des moyens incidents, afin de permettre, lorsque cela paraît opportun, de passer outre au principe d'intangibilité des actes non réglementaires¹⁴³⁵. Et si l'on a pu s'en servir parallèlement, de

invoquant l'illégalité du contrat se moule donc dans le schéma traditionnel, toutes les caractéristiques de l'acte-conséquence étant ici réunies.

Voir, illustrant ce rare cas de figure, C.A.A. Paris, 29/03/1993, Association pour l'information et la défense de l'environnement et de l'urbanisme, *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.736 ; et p.699, note J.-F. Gipoulon : annulation d'un acte détachable de la convention d'aménagement d'une Z.A.C. en conséquence de l'illégalité de la convention (la décision d'autorisation de la Z.A.C. ayant été annulée par un jugement définitif).

¹⁴³⁰ *Op. cit.* p.164.

¹⁴³¹ On pourrait à la limite concevoir une telle "appropriation" pour ce qui est des actes détachables édictés lorsque le contrat existait déjà d'un point de vue matériel, mais nous avons vu que tel n'est pas toujours le cas, notamment s'agissant de la décision initiale prévoyant le recours au procédé contractuel pour la réalisation de telle ou telle opération.

¹⁴³² *Op. cit.* p.184 ; et voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴³³ Pour reprendre la terminologie employée par P. Weil (*Ibid.*).

¹⁴³⁴ Pour reprendre la définition généralement citée par les auteurs et les commissaires du gouvernement, il y a en effet opération complexe "chaque fois qu'une série nécessaire de décisions concourent pour aboutir à une décision finale" (R. Odent, *Contentieux administratif*, p.1101).

¹⁴³⁵ Pour plus de précisions sur ce rôle, voir *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I.

façon exceptionnelle, pour couvrir certaines dérogations aux principes qui régissent l'utilité de l'exception¹⁴³⁶, elle ne saurait, dans ce cadre, légitimer une atteinte aussi profonde que celle qui consiste à admettre l'efficacité d'un moyen incident soulevé à l'appui de la contestation d'une mesure qui ne constitue pas un "acte-conséquence" de l'acte dont on invoque l'irrégularité.

- Mais surtout, le jeu de la théorie de l'opération complexe ne produit aucun effet sur l'ordre chronologique du contentieux. En vertu de celle-ci, "les intéressés qui auraient négligé d'attaquer en temps utile chacune des décisions constitutives de l'opération sont recevables à attaquer la décision finale en excipant de l'illégalité de l'une quelconque des décisions antérieures alors même qu'il s'agirait de décisions non règlementaires devenues définitives"¹⁴³⁷. Ce cas de figure peut se retrouver en matière contractuelle, pour permettre à un tiers d'invoquer, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable de la formation du contrat, l'irrégularité affectant la procédure antérieure à celle-ci¹⁴³⁸. Mais il n'est nullement question d'autoriser le requérant, à l'appui d'un recours dirigé contre l'une des décisions initiales de l'opération complexe, de soulever l'illégalité d'une phase ultérieure¹⁴³⁹. Et cela se situe dans la logique des choses, puisque l'annulation de ces mesures n'a qu'un intérêt secondaire : ce qui importe est de faire sanctionner l'opération pour la réalisation de laquelle elles ont été édictées, et mieux vaudra dès lors attaquer les étapes terminales, par hypothèse les plus importantes. Naît dès lors, pour suppléer l'inaptitude de la théorie de l'opération complexe à expliquer l'inversion chronologique qui nous préoccupe, l'idée de se servir du concept d'acte dominant de l'opération considérée ; mais cette voie aboutit également à une impasse.

2 - Ni l'idée d'acte dominant

A l'occasion de sa "classification des actes-conséquence", M. Weil a montré que l'ordre d'importance des mesures considérées s'inversait lorsqu'on se situait dans le cadre d'une procédure complexe, telle celle du contrat : alors que "dans la suite acte réglementaire-acte individuel d'application, l'accent est mis sur la mesure règlementaire", il en irait différemment pour les "opérations à procédure"¹⁴⁴⁰ où, au contraire, "l'acte dominant est non pas la base, mais le but de la série"¹⁴⁴¹. Dès lors, pourquoi ne pas considérer qu'on puisse toujours se prévaloir, au soutien de son recours contre un "acte satellite", d'un vice qui affecte l'acte dominant ? Tout simplement parce que cette qualification d'"acte dominant" s'avère très subjective. M. Chrétien propose ainsi, à l'inverse de M. Weil, de "postuler que l'acte dominant est toujours l'acte créateur de droits"¹⁴⁴², ce qui peut parfaitement se soutenir puisque, comme

¹⁴³⁶ On pense notamment aux tempéraments de l'exigence d'une "mesure d'application" qu'on a pu constater lorsque la théorie était utilisée pour rendre opérante l'exception fondée sur l'illégalité du P.O.S. rendu public à l'appui de la demande en annulation du P.O.S. approuvé qui le remplaçait (Cf. *supra*, Titre préliminaire).

¹⁴³⁷ F. Chevallier, "La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.331.

¹⁴³⁸ Cf. C.E., 18/11/1991, Le Chaton, *Dalloz* 1992, Somm. com. p.187, note Ph. Terneyre : recevabilité à se prévaloir, au soutien d'une requête en annulation de la décision d'un maire de passer un marché avec une entreprise donnée, de l'illégalité de la désignation des membres de la commission d'appel d'offres qui avait procédé au choix de cette entreprise.

Voir également les exemples cités par M. Lamorlette en matière d'actes détachables de conventions de Z.A.C. (*Revue de droit immobilier* 1993, art. cit, p.457).

¹⁴³⁹ Pour une position très explicite en ce sens, voir les conclusions J.-P. Pietri sur C.A.A. Nancy, 31/12/1992 Société Placages du Centre, *Revue juridique de l'environnement* 1993, p.286.

¹⁴⁴⁰ Selon la terminologie d'Hauriou, reprise par P. Weil, *op. cit.* p.200.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p.184.

¹⁴⁴² "De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe", *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.20, note 12.

l'admettait ce dernier auteur lui-même, c'est l'acte d'application du règlement qui permet à celui-ci "de s'installer dans la réalité concrète". Si l'on suit cette logique, on aboutit encore une fois à une distorsion entre exception qui met en jeu la régularité d'un règlement soulevée à l'appui d'un recours dirigé contre un acte individuel (acte dominant dans cette perspective), et moyen incident arguant de l'illicéité d'un contrat en vue d'aboutir à l'annulation d'un acte détachable de sa formation (acte satellite). L'idée d'acte dominant se montre ainsi aussi stérile que celle d'opération complexe pour servir d'explication au phénomène étudié. Il faut donc chercher ailleurs les véritables causes de l'anomalie mise à jour.

Paragraphe 2. L'origine de l'anomalie : les artifices du mécanisme de l'exception en matière contractuelle

Le fait que le juge ait permis cette entorse aux principes classiques de l'utilité de l'exception va de pair avec son refus d'ouvrir directement le recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat, solution bien établie tant à l'égard des clauses authentiquement contractuelles¹⁴⁴³ que des "clauses de nature réglementaire", provenant par exemple des cahiers des charges des concessions de service public¹⁴⁴⁴. Le juge de l'excès de pouvoir est en effet partagé entre le souci de contrôler la légalité de l'acte contractuel - à l'instar de celle des décisions unilatérales prises par l'administration -, et la défiance quant à la perspective d'y procéder par le biais d'un recours direct en annulation. La supervision incidente de la régularité des conventions à l'occasion de la contestation d'une mesure détachable présente l'avantage de concilier les deux préoccupations.

I - Un recours pour excès de pouvoir déguisé

Le contrôle auquel procède le juge pour excès de pouvoir sur la légalité du contrat à l'occasion de la contestation de l'acte détachable équivaut à celui qu'il exercerait s'il était question d'annuler la convention considérée. Une telle perspective n'a d'ailleurs plus rien de choquant aujourd'hui.

A. L'identité des contrôles

De nombreuses études ont montré combien mince était le pas à franchir pour reconnaître la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat, tant la vérification de ce dernier par voie incidente s'en rapproche, et ce à un double point de vue.

1 - Du fait du nombre d'actes qui donnent prise à une contestation incidente du contrat

¹⁴⁴³ Voir par exemple C.E., 20/01/1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, précité.

La solution vaut indifféremment en présence d'un recours émanant d'un tiers (C.E., 5/04/1940, Gay, p.136) ou d'un des contractants (C.E., 14/12/1955, Coulon, p.587).

¹⁴⁴⁴ C.E., Ass., 16/04/1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres, p.96 ; *Revue du droit public* 1986, p.847, conclusions O. Dutheillet de Lamothe ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.284, chron. M. Azibert et M. Fornacciari ; *Dalloz* 1987, p.97, note F. Llorens ; *La semaine juridique* 1986, n°20617, note M. Guibal.

On s'est depuis longtemps aperçu, en raison de l'extrême multiplication des actes détachables, que, "sans toutefois se confondre avec lui, le contentieux de l'excès de pouvoir se superpose intégralement au contentieux du contrat"¹⁴⁴⁵. Il est vrai qu'admettre la détachabilité fictive de l'acte de passation du contrat peut sembler équivaloir en fait à ouvrir ce type de recours contre le contrat lui-même¹⁴⁴⁶, d'autant plus que de nombreuses autres décisions sont pareillement qualifiées. Cette inflation des cas de détachabilité a revêtu une telle ampleur qu'elle est reconnue, en particulier au profit des tiers, "en gros chaque fois que se pose une question de légalité objective"¹⁴⁴⁷. De tout cela, on pourrait même être tenté de conclure que "le recours pour excès de pouvoir est, en fait, déjà ouvert contre le contrat lui-même"¹⁴⁴⁸.

2 - Du fait de la profondeur du contrôle exercé

Le juge de l'excès de pouvoir va procéder à un contrôle relativement approfondi de la régularité de la convention dont il est saisi par voie d'exception. S'il ne semble pouvoir *a priori* vérifier le bien fondé de moyens d'ordre subjectif - fondés par exemple sur la validité du consentement des parties - dont l'examen paraît devoir être réservé au juge du contrat¹⁴⁴⁹, il n'est pas rare qu'il identifie dans la convention, non seulement des irrégularités externes - dues à la violation de règles de compétence ou de forme -, mais également des illégalités internes relatives à son objet même¹⁴⁵⁰. Le contrôle incident exercé apparaît ainsi aussi poussé que s'il avait pour cadre un recours pour excès de pouvoir directement exercé contre le contrat¹⁴⁵¹; seule la sanction en diffère, la convention étant ici déclarée illégale, et non annulée.

De tout ce qui précède, il ressort que "le juge de l'excès de pouvoir est devenu, dans les faits, un second juge de la validité du contrat"¹⁴⁵². Cette admission de fait de ce type de contrôle se comprend d'ailleurs parfaitement, le bien fondé, des réticences traditionnelles quant à l'empiétement du juge de l'excès de pouvoir sur la compétence du juge du contrat ayant à l'heure actuelle totalement disparu.

B. Un contrôle légitime

Les justifications classiquement avancées pour l'exclusion du contrôle direct de l'excès de pouvoir sur le contrat n'ont plus cours, d'autant que des exemples tangibles montrent sa viabilité en la matière sans passer par le leurre de sa canalisation par le biais de la technique de la détachabilité.

¹⁴⁴⁵ Conclusions J. Khan sur C.E., S., 5/12/1958, Secrétaire d'État à l'Agriculture c/ Union des pêcheurs à la ligne, *Actualité juridique, Droit administratif* 1959, II, p.57.

¹⁴⁴⁶ Voir en ce sens Ph. Terneyre, *art. cit.* p.73 : "cette manière de ramener l'acte bilatéral à un double acte unilatéral (...) rend encore plus absurde l'irrecevabilité du recours contre le contrat lui-même".

¹⁴⁴⁷ M. Fornacciari, *art. cit. Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, p.94.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ Voir cependant les interrogations sur ce point formulées par Ph. Terneyre, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, *art. cit.* p.73.

¹⁴⁵⁰ Voir notamment l'arrêt "Les amis de la terre" précité.

¹⁴⁵¹ En ce sens, Cf. D. Pouyaud, *op. cit.* p.319, n°460.

¹⁴⁵² *Ibid.* ; voir également p.334, où l'auteur démontre en outre que le contentieux de l'excès de pouvoir est "quantitativement le plus important".

1 - La disparition des justifications classiques

Les raisons traditionnellement données à la mise à l'écart d'un recours pour excès de pouvoir directement ouvert à l'encontre du contrat ne semblent plus aujourd'hui aussi dirimantes qu'autrefois. Chacune peut, en effet, aisément se contester :

a) Nous avons déjà évoqué la théorie de l'exception de recours parallèle, qui interdit normalement tout recours pour excès de pouvoir concurrent à une action ouverte devant le juge de plein contentieux. Or, comme l'ont souligné MM. Auby et Drago¹⁴⁵³, cet argument "cesse d'être valable en ce qui concerne les recours des tiers qui sont déclarés irrecevables bien que leurs auteurs n'aient pas accès au contentieux contractuel".

b) On invoquait également une irrecevabilité tenant à la nature du contrat, rétive par elle-même au pur contrôle de légalité. A ce propos, était mis en avant tantôt le caractère mi privé mi public de celui-ci, tantôt son aspect bilatéral. Mais aucune de ces deux idées ne fait réellement obstacle à l'admission d'un recours pour excès de pouvoir : la première "conduirait à déclarer recevable le recours exercé contre un contrat conclu entre deux personnes publiques"¹⁴⁵⁴; la seconde, en soustrayant par nature le contrat à tout recours objectif, "gomme sa substance profonde d'acte juridique et donc soumis à la hiérarchie du droit"¹⁴⁵⁵. Comme l'a fait remarquer M. de Béchillon, à l'occasion d'une démonstration tendant à prouver le caractère normatif des contrats¹⁴⁵⁶, "les éléments subjectifs - entendons extérieurs aux questions de légalité - dans le contentieux contractuel sont loin d'être les seuls. L'examen (...) d'une illicéité procédurale dans l'attribution d'un marché, voire plus généralement d'une règle d'ordre public, posent évidemment des problèmes de pure légalité. Il y a donc un contentieux de la légalité objective du contrat"¹⁴⁵⁷. Le recours pour excès de pouvoir y trouverait donc parfaitement sa place.

c) M. Terneyre a parallèlement écarté l'idée avancée par MM. Auby et Drago¹⁴⁵⁸ selon laquelle "les contrats, éléments essentiels d'un contentieux de pleine juridiction, ne sont pas détachables de ce contentieux et ne peuvent donc donner lieu à un recours pour excès de pouvoir", au motif qu'il paraît "difficile d'admettre qu'une classification jurisprudentielle puisse servir d'interdit durable à une évolution que de véritables raisons commandent"¹⁴⁵⁹.

d) Il convient enfin d'évacuer un faux problème non spécifique à la matière : on a quelquefois mis en avant le fait que l'annulation d'un contrat se trouverait le plus souvent privée de tout effet pratique du fait de la lenteur d'intervention du juge. Quel intérêt d'admettre la censure d'un marché déjà exécuté, sachant qu'il serait impossible - tant sur un plan matériel qu'au niveau de la stricte opportunité - d'exiger ici, au nom du principe de *restitutio in integrum*, l'effacement rétroactif de

¹⁴⁵³ *Op. cit.* t. II, n°1089, 4.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ B. Pacteau, *art. cit.* p. 120.

¹⁴⁵⁶ "Le contrat comme norme dans le droit positif", *Revue française de droit administratif* 1992, p.15.

¹⁴⁵⁷ Pour un développement détaillé de cette idée, Cf. la première partie de l'ouvrage précité de Mme Pouyaud.

¹⁴⁵⁸ *Op. cit.* n° 1089.

¹⁴⁵⁹ *Art. cit.*, p. 71.

toutes les conséquences du contrat¹⁴⁶⁰? M. Ph. Terneyre a vu là les raisons des réticences du juge¹⁴⁶¹, et il n'est pas impossible que ce paramètre soit grandement entré en ligne de compte : lucide devant l'inanité d'une censure trop tardive, le Conseil d'État préférerait s'en tenir à la technique de l'acte détachable et à la distanciation que celui-ci occasionne entre la sanction et le contrat, afin de masquer autant que faire se peut la relativité de l'efficacité de son contrôle. Mieux vaut ne pas imposer des obligations d'exécution vouées par avance à être violées ; l'annulation de l'acte détachable, qui laisse l'administration libre des conséquences à tirer de la décision juridictionnelle, présente l'avantage de toujours pouvoir être obéie, puisqu'elle n'ordonne rien de prédéterminé¹⁴⁶². Cependant, on ne peut se satisfaire d'un tel raisonnement. L'admission du recours pour excès de pouvoir direct, même dans un premier temps sans conséquence pratique, ne constituerait ni plus ni moins qu'un cas supplémentaire de victoire du fait accompli sur l'annulation juridictionnelle, comme il en existe tant en matière de contrôle des actes unilatéraux édictés par l'administration¹⁴⁶³; et cela serait sans doute de nature à pousser le juge ou le législateur à une réflexion globale, en vue de trouver de nouvelles parades efficaces à ce mal qui gangrène le contentieux administratif dans son ensemble. On ne résout pas un problème en refusant de l'affronter. Et puisqu'il ne s'agit pas d'une difficulté spécifique à la matière contractuelle, on peut douter de sa capacité à constituer l'entière explication des réticences jurisprudentielles.

2 - La viabilité du recours direct avérée par l'ouverture du déféré préfectoral

L'ancien monument que constituait l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat¹⁴⁶⁴ montre aujourd'hui une fissure significative du fait d'une importante exception décidée par le législateur, exception qui finit de nous persuader que "l'incompatibilité entre contrat et recours pour excès de pouvoir est plus théorique que réelle"¹⁴⁶⁵. Elle est l'œuvre des lois de décentralisation du 2 mars et du 22 juillet 1982, ouvrant au préfet, en lieu et place de son ancien pouvoir de tutelle, le droit de soumettre au contrôle du juge administratif les principaux actes des collectivités locales pour vérification de leur légalité. Parmi ces derniers, on trouve, aux côtés d'actes unilatéraux, certaines conventions que celles-ci peuvent conclure¹⁴⁶⁶. Dès l'origine, le Conseil d'État a accepté d'interpréter les dispositions législatives comme elles devaient l'être, et n'a pas ici recouru à la fiction de l'acte détachable pour se permettre d'annuler les contrats déferés¹⁴⁶⁷. Les incertitudes qui pesaient initialement sur la nature du déféré préfectoral¹⁴⁶⁸ se sont depuis évaporées, et le Conseil d'État a reconnu dans

¹⁴⁶⁰ Dans son article précité, Ph. Terneyre met ainsi en avant que, pour ce qui est du déféré préfectoral, lorsque "l'annulation intervient alors que le contrat est exécuté et payé", ce qu'il considère être "l'hypothèse vraisemblablement la plus courante", celle-ci "n'aura aucun effet (...) compte tenu du fait que les décomptes généraux ne pourront plus être mis en cause et les prestations difficilement restituées" (lire p.85).

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p.92.

¹⁴⁶² Sur ce point, voir supra les développements sur l'arrêt Epoux Lopez.

A remarquer d'ailleurs qu'un des paramètres dont, selon l'avis de 1989 précité, l'administration doit tenir compte pour évaluer les suites qu'elle va donner à l'annulation de l'acte détachable, réside dans le "degré d'exécution des prestations prévues au contrat".

¹⁴⁶³ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

¹⁴⁶⁴ N'oublions pas toutefois qu'à l'origine, cette voie de droit était admise ; elle fut abandonnée à la fin du XIX^e siècle : Cf. P. Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, 1942, pp. 83 et 237.

¹⁴⁶⁵ D. Pouyaud, *op. cit.* p.317.

¹⁴⁶⁶ Sur l'ensemble du problème, *ibid.*, p. 509 s.

¹⁴⁶⁷ C.E., 21/05/1986, Société Schlumberger et autres, cité par M. Fornaciari, *art. cit.*, p.96.

¹⁴⁶⁸ Sur ce point, voir notamment Ph. Terneyre, *op. cit.* p. 79 s.

cette voie de droit un réel recours pour excès de pouvoir¹⁴⁶⁹, même lorsqu'il est dirigé contre un contrat¹⁴⁷⁰. Pour en convaincre la Section du contentieux, M. Legal¹⁴⁷¹ a démontré que "le raisonnement susceptible d'aboutir à l'annulation du contrat en vertu de la loi du 2 mars 1982 a plus à voir avec le contrôle port, sur la délibération d'un conseil municipal décidant de passer un marché qu'avec l'appréciation des engagements consentis par les parties à laquelle procède le juge du contrat". Il faut donc suivre l'avis de M. Fornacciari¹⁴⁷² selon lequel, du fait d'une volonté législative, "le déféré préfectoral constitue le seul cas où le recours pour excès de pouvoir soit possible contre les contrats". Ainsi, les tiers - qui peuvent, par leur demande, provoquer le déféré - disposent-ils aujourd'hui d'un recours pour excès de pouvoir indirect contre ce type de conventions, même si une ligne jurisprudentielle récente leur interdit de faire sanctionner un éventuel refus du préfet de déférer l'acte qu'ils estiment litigieux¹⁴⁷³. Et cette voie de droit revêt une portée d'autant plus intéressante que le Conseil d'État a récemment admis que la possibilité de recours préfectoral contre les contrats des collectivités locales ne se limitait pas à ceux d'entre eux qui sont soumis à l'obligation de transmission posée par la loi du 2 mars 1982¹⁴⁷⁴.

Devant cette avalanche d'arguments qui plaident tous en faveur de l'admission directe du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, la doctrine s'étonne de ce que la jurisprudence n'ait pas encore franchi le pas décisif¹⁴⁷⁵. Chacun estime peu ou prou que "le divorce entre la pratique et la théorie et les artifices auxquels le juge de l'excès de pouvoir a recours pour maintenir la fiction de l'irrecevabilité du recours contre le contrat, tout en admettant dans les

¹⁴⁶⁹ C.E., 28/02/1987, Commune de Grand-Bourg-de-Marie-Galante, p.80 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.419, note X. Prétot ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.212, conclusions B. Stirn et 1988, p.777, note J.-C. Douence.

¹⁴⁷⁰ C.E., S., 28/07/1991, Commune de Sainte-Marie, p.302 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.966, conclusions H. Legal ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.693, chron. C. Maugué et R. Schwartz : c'est ce caractère qui explique, en l'espèce, que ce soit le Conseil d'État et non une Cour administrative d'appel qui soit compétent en appel.

Voir également C.E., 2/04/1993, Préfet COREP de l'Aveyron, req. n°85797 ; et 4/11/1994, Département de la Sarthe, req. n°99643.

¹⁴⁷¹ Conclusions citées à la note précédente.

¹⁴⁷² *Art. cit.* p.96.

¹⁴⁷³ C.E., S., 25/01/1991, Brasseur, p.23 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.351, chron. R. Schwartz et C. Maugué ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.587, conclusions B. Stirn, note J.C. Douence ; *Les petites affiches*, 28/06/1991, p.31, note S. Doumb-Bille ; *Le Quotidien juridique*, 16/02/1991, p.2, note M.-C. Rouault ; *La semaine juridique* 1991.II, n° 21654, note J. Moreau.

Cette solution dont le fondement réside dans le fait que le refus de déférer ne prive pas le demandeur de la faculté d'exercer un recours direct contre l'acte dont il conteste la légalité, pose d'ailleurs un problème en matière de contrat : ici, le refus du préfet privera le tiers de toute possibilité de contestation directe de la convention en cause (Cf.

D. Pouyaud, *op. cit.* pp.532/533). C'est ce qui incite M. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n° 344-3°) à identifier là "le germe d'une incitation à une évolution jurisprudentielle dans le sens de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats".

¹⁴⁷⁴ C.E., 4/11/1994, Département de la Sarthe, req. n° 99643 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.898, conclusions C. Maugué : la convention passée par le département de la Sarthe avec la caisse d'allocations familiales et la caisse de mutualité sociale agricole en vue de déterminer l'organisation et le fonctionnement du service social départemental ne figure pas au nombre des conventions qui doivent être transmises au préfet pour devenir exécutoires ; cette autorité est cependant recevable à le déférer au juge administratif. Cette solution, d'un intérêt pratique secondaire (puisque les conventions les plus importantes sont soumises à l'obligation de transmission), a le mérite, aux yeux du commissaire du gouvernement, "d'assurer une unité du régime du déféré préfectoral indépendamment de la nature des conventions déferées" ; elle semble au surplus pouvoir être déduite du système mis en place par le législateur de 1982 (Cf. conclusions précitées, p.899).

¹⁴⁷⁵ D'autant plus que le terme de cette évolution est souhaité depuis bien longtemps : voir notamment G. Péquignot qui, dès 1944, préconisait "d'ouvrir toutes grandes au contrat administratif les portes du recours pour excès de pouvoir" (*op. cit.* p.601).

faits des requêtes qui en sont très proches, imposent une modification de la jurisprudence¹⁴⁷⁶. Dès lors en effet que l'invocation de l'illégalité des clauses contractuelles est admise, il faut bien admettre que cela "conduit à un certain paradoxe dans la mesure où le juge de l'excès de pouvoir ne peut contrôler la validité du contrat s'il est saisi d'un recours contre le contrat, alors qu'il est en mesure de le faire s'il est saisi d'un acte détachable"¹⁴⁷⁷. Mais le hiatus dénoncé n'est pas accidentel, loin s'en faut ; si le juge n'admet de vérifier la légalité du contrat qu'à l'occasion du contentieux de l'acte détachable, au prix d'une dérogation aux règles de l'utilité de l'exception, c'est bien pour ne pas disposer d'un pouvoir trop grand sur le sort des conventions.

II - Un recours pour excès de pouvoir désamorcé

Les vérifications exercées sur la validité du contrat par l'entremise d'une demande d'annulation de l'acte détachable, si elles supposent l'emploi d'une fiction juridique que l'on peut estimer abusive, présentent l'incommensurable avantage, aux yeux du juge, de le dispenser de prononcer une sanction analogue frappant la convention considérée.

A. Les ressorts du stratagème utilisé

La fiction inhérente à l'emploi du procédé de la détachabilité engendre le recours à une exception d'illégalité qui n'en n'est pas vraiment une ; mais toutes ces complications ne sont pas pur caprice, ou attachement déplacé à des classifications d'un autre âge; elles constituent la parade qu'a trouvée le juge pour se dispenser du devoir de censurer le contrat dont il constate l'illicéité.

1 - Les faux-semblants de l'exception d'illégalité en matière contractuelle

Si un requérant est recevable à invoquer l'illégalité d'un contrat à l'occasion d'un recours en annulation exercé contre un acte détachable de sa formation, c'est simplement parce que la dissociation effectuée entre les deux actes est totalement artificielle. Aucune distinction ne devrait juridiquement exister - du moins sur un plan contentieux - entre les décisions qui concourent à la conclusion d'une convention et la convention elle-même, et le recours pour excès de pouvoir intenté contre l'acte détachable englobe dans une seule et même vérification le processus et son résultat. Il s'agit bien d'un même acte - le contrat - qu'on a fictivement "tronçonné" et dont on demande au juge de dire s'il est ou non légal ; l'exception d'illégalité qu'on a identifiée tient de ce fait plus de illusion d'optique que de la vérité contentieuse. Pour preuve ces exemples tirés de la jurisprudence suscitée par le déféré préfectoral exercé contre des conventions, dans lesquels le juge pour excès de pouvoir annule ensemble un ou plusieurs actes autorisant la passation et le marché lui-même¹⁴⁷⁸, ou reconnaissent la connexité entre l'autorisation de conclure un contrat et ce contrat¹⁴⁷⁹. Pourquoi dès lors suivre, hors des cas où la loi autorise à contrôler directement un contrat, cette voie contournée que constitue la mise en cause d'un acte détachable ? C'est Alibert qui va nous fournir la réponse : selon cet auteur, si le

¹⁴⁷⁶ D. Pouyaud, *op. cit.* p. 331.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.* p.319.

¹⁴⁷⁸ C.E., 2/11/1988, Préfet des Hauts-de-Seine c/ O.P.H.L.M. de Malakoff et Société N.C.R., p.659.

¹⁴⁷⁹ C.E., 24/04/1985, Département de l'Eure c/ Pinauld, p.117.

juge recourt à cette fiction, c'est dans le souci de "respecter le contrat" et de "ne pas s'en faire le censeur"¹⁴⁸⁰.

2 - La réticence du juge à se doter d'une arme trop efficace

L'explication principale des sinuosités jurisprudentielles réside dans le refus du juge de l'excès de pouvoir de prononcer l'annulation de la convention, ce qui entraînerait nécessairement, en vertu des règles qui gouvernent le régime de ce type de censure juridictionnelle, la disparition rétroactive de celle-ci. Si un recours pour excès de pouvoir direct était ouvert contre le contrat, la constatation de l'irrégularité de celui-ci entraînerait inmanquablement sa chute ; dès lors que l'acte visé est censé s'en singulariser, lui seul subira les foudres de l'annulation, censure dont on sait qu'elle ne produit pas nécessairement d'effets sur le contrat qu'elle intéresse indirectement, alors même que l'illicéité de celui-ci a pu être mise en lumière¹⁴⁸¹. Préférer la fiction de la détachabilité à la soumission sans détours des contrats au contentieux de la légalité, c'est pour le juge refuser d'exercer une hégémonie équivalente à celle qui caractérise son intervention en matière d'actes unilatéraux¹⁴⁸².

Le mécanisme jurisprudentiel étant mis à nu, il faut nous interroger plus à fond sur les raisons qui incitent le juge à une telle prudence.

B. Le fond du problème

On pourrait certes, en premier lieu, mettre en avant que l'admission d'un recours pour excès de pouvoir direct contre le contrat ne va pas de soi, mais il n'est rien de dirimant dans les difficultés techniques éventuelles qu'on brandit à ce propos¹⁴⁸³. Quelles sont en conséquence les raisons qui ont poussé la jurisprudence à refuser avec constance¹⁴⁸⁴ de se doter d'un tel

¹⁴⁸⁰ *Op. cit.* p.164.

¹⁴⁸¹ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

On peut noter qu'il en va encore une fois différemment en matière de déferé préfectoral, puisqu'ici un marché peut être annulé par voie de conséquence de l'annulation de la décision d'attribution : Cf. C.E., 19/02/1988, Commissaire de la République de la Seine Saint-Denis c/ Commune de la Courneuve, n° 68341.

¹⁴⁸² Ce constat ruine la position de M. Fornacciari (*art. cit.* p.94) selon laquelle "la prolifération des actes détachables permet (...) d'introduire le recours pour excès de pouvoir dans le contrat chaque fois qu'il y a sa place et, dans cette mesure, rend vaine la critique du principe général d'irrecevabilité de telles conclusions contre le contrat lui-même".

¹⁴⁸³ De nombreux points devraient être éclaircis par le juge si d'aventure il revenait sur ses réticences traditionnelles. Il en irait ainsi en premier lieu de l'intérêt à agir des requérants admis à attaquer le contrat -il semblerait difficile d'exclure les tiers qui bénéficient déjà du procédé de l'acte détachable. Il faudrait ensuite déterminer les moyens recevables, ce qui pourrait soulever quelques difficultés du fait de la minceur de la démarcation entre moyens "objectifs" et "subjectifs".

On peut noter en outre qu'une inversion de la solution traditionnelle s'inscrirait à contre-courant d'une certaine tendance jurisprudentielle qui traduit "le souci de revenir à plus de rigueur et de clarté en évitant que le recours pour excès de pouvoir ne recouvre peu à peu tout le plein contentieux et ne le vide ainsi de sa substance", tendance sans doute imputable à la réforme du contentieux administratif initiée par la loi du 31 décembre 1987 "dans la mesure où la classification des recours détermine désormais le juge d'appel compétent" (conclusions M. Fornacciari précitées sur l'arrêt Département de la Moselle, p.470).

¹⁴⁸⁴ La seule solution enregistrée en sens inverse paraît en effet trop timide et isolée pour infirmer cette impression : il s'agit de l'arrêt Commune de Guidel (C.E., 7/07/1982, *Revue du droit public* 1983, p.1439) dans lequel le Conseil d'État a admis la recevabilité d'un recours du contribuable communal non seulement contre la décision -détachable- de passer le contrat, mais aussi, et surtout, contre le contrat lui-même. Tout démontre le caractère "accidentel" de la solution : l'absence de publication au recueil Lebon ; le doute existant sur le niveau de

pouvoir d'annulation ? On ne peut croire que cette timidité trahisse la crainte d'une excessive "étendue des pouvoirs et de la puissance du juge sur l'action publique"¹⁴⁸⁵, car on ne voit pas en quoi l'intensité de son rôle de censeur serait ici supérieure à celle qui caractérise son intervention en matière d'action administrative unilatérale. Un autre argument semble plus fondé, qui consiste à penser que le juge rétif à l'admission d'une annulation directe craint les "coûts pouvant en résulter face au contractant de bonne foi qu'il faudra alors indemniser autant que le postulant évincé"¹⁴⁸⁶. Mais la vraie raison se situe sans doute ailleurs, dans la répugnance du juge à s'immiscer dans les relations unissant les contractants : de la même manière qu'il s'attache à préserver certains types d'actes unilatéraux (actes créateurs de droits ; autorisations d'urbanisme en cas de censure du P.O.S., etc.) de l'omnipotence des effets d'une annulation, il manifeste ici un net souci de ne pas excessivement perturber le microcosme que constitue le contrat. Et nous aurons l'occasion de nous rendre compte que cette préoccupation semble si enracinée dans la jurisprudence que, même si, en pratique, il semble quasiment ne rien rester du principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir, il serait hasardeux de croire qu'il suffit à la jurisprudence d'officialiser un état de fait d'ores et déjà acquis pour renverser le postulat classique¹⁴⁸⁷.

Cette atteinte aux règles de l'utilité de l'exception que constitue l'admission d'une contestation incidente à l'appui de la demande d'annulation d'un acte inqualifiable d'acte-conséquence, si elle a eu le mérite de nous donner l'occasion de mettre en lumière certains artifices procéduraux du contentieux contractuel, ne saurait être tenue pour très symptomatique de l'assouplissement du lien exigé dans le mécanisme de l'exception. Beaucoup plus significatives à ce propos seront les évolutions récentes enregistrées dans la qualification de "mesures d'application" d'un règlement argué d'illégalité.

SECTION 2. L'ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL PEUT PARFOIS NE PAS CONSTITUER UNE MESURE D'APPLICATION DU REGLEMENT ARGUE D'ILLEGALITE

Faute de servir la contestation d'une "mesure d'application", le moyen tiré de l'illégalité d'un règlement est voué à l'inutilité. C'est ce qu'enseigne la jurisprudence et que reprennent les auteurs qui s'intéressent au contentieux administratif¹⁴⁸⁸. Plusieurs solutions récentes ne se calquent pourtant pas sur cette prédétermination : la première a admis que l'exception d'illégalité pouvait être soulevée à l'appui d'un recours visant non un acte d'application, mais un acte modifiant le règlement mis indirectement en cause ; d'autres autorisent le jeu du mécanisme à l'encontre de décisions dont l'indépendance vis à vis du règlement argué d'irrégularité interdit tout recours à la conception classique¹⁴⁸⁹.

la formation de jugement (Cf. Ph. Terneyre, *art. cit.* p.71, note n°10) ; et essentiellement le fait que la jurisprudence ultérieure ait ignoré ce pseudo-revirement (voir, outre la jurisprudence Cie luxembourgeoise de télévision précitée, C.E., 18/03/1988, Epoux Pessiot c/ Ville d'Alençon, *Revue du droit public* 1988, p.1456).

¹⁴⁸⁵ B. Pacteau, *art. cit.* p.121.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ Cf. *infra*, Partie II, Titre I, Sous-titre II.

¹⁴⁸⁸ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴⁸⁹ Le problème n'est donc plus de s'interroger sur le caractère d'acte-conséquence de la décision qui va servir de base au mécanisme de l'exception l'illégalité (car nous verrons que toutes les mesures en cause satisfont aux exigences de la postériorité et de l'assujettissement juridique (du moins un assujettissement suffisant à les faire

Paragraphe 1. Utilité du moyen incident soulevé à l'encontre d'un acte modifiant le règlement

A la lecture de ce titre, on pourrait être tenté de croire que le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence *Union des pêcheurs à la ligne de Grenoble* par laquelle, on le sait¹⁴⁹⁰, il s'opposait à ce que puisse être invoqué le vice d'un règlement à l'occasion d'une contestation portant sur une mesure réglementaire modificative. Ne nous méprenons pas : l'entorse consentie à cette solution n'est pour l'instant l'objet que d'un seul arrêt, concernant un domaine très défini. Il n'empêche que ce cas - en apparence isolé - semble devoir constituer le point de départ d'un revirement jurisprudentiel beaucoup plus vaste.

I - Un cas unique

Il est le fait d'un arrêt de Section récent¹⁴⁹¹ que nous nommerons arrêt *Leclerc*. Au travers de celui-ci, la Haute juridiction a permis au requérant de se prévaloir de l'irrégularité d'un règlement qui prévoyait certaines infractions, au soutien d'un recours en annulation d'un règlement postérieur qui aggravait les peines contraventionnelles initialement prévues en vue de la répression desdites infractions.

A. Les données d'espèce

Un décret du 29 décembre 1982, pris dans le but de réprimer pénalement la méconnaissance des règles de la législation de 1981 sur le prix unique du livre, avait échappé à la censure du Conseil d'État à une époque où la théorie de la loi-écran empêchait celui-ci de vérifier la compatibilité des lois avec normes communautaires¹⁴⁹². Les règles posées par ce texte ayant été fréquemment transgressées, un décret intervint le 26 février 1985 afin de durcir les peines prévues, les catégories d'amendes passant de la deuxième à la troisième classe de contravention. L'Association des centres Leclerc entreprit de contester ce nouveau décret devant le juge pour excès de pouvoir, et, à l'appui de son recours, souleva l'illégalité du décret de 1982. On aurait pu penser que la chose jugée en 1985 interdisait une telle démarche ; mais celle-ci ne couvrait que la régularité du décret par rapport au droit interne, la jurisprudence *Nicolo* permettant désormais au juge un contrôle de légalité par rapport aux normes internationales qui ne heurtait, quant à lui, l'autorité d'aucun jugement antérieur. Le moyen était-il pour autant opérant ? Rien n'était moins sûr.

1 - Le défaut de mesures d'application

M. Legal s'est attaché à montrer au Conseil d'État la vanité de "l'effort d'abstraction" qui aurait consisté à "distinguer dans le décret du 29 décembre 1982 (...) deux dispositions : l'une qui définirait l'infraction, l'autre qui fixerait la peine applicable"¹⁴⁹³. De cette vision, il aurait

pâtir de la déclaration d'illégalité du règlement incidemment remise en cause) ; il s'agit de savoir ici dans quelle mesure ces actes-conséquence peuvent ne pas constituer des actes "d'application" dudit règlement.

¹⁴⁹⁰ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁴⁹¹ C.E., S., 24/01/1992, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc, p.39 ; *Revue française de droit administratif* 1992, p.499, conclusions P. Hubert ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.336, chronique C. Maugüe et R. Schwartz.

¹⁴⁹² C.E., 8/02/1985, Association des centres distributeurs Edouard Leclec, p.25.

¹⁴⁹³ Conclusions précitées, p.502.

résulté que le décret 1985 ne modifiait que la seconde disposition, sans produire le moindre effet sur la première, et l'on aurait pu alors se demander si la détermination de la sanction de l'infraction préétablie constituait une mesure d'application de cette dernière¹⁴⁹⁴ ; mais la dissociation paraissait par trop artificielle dans la mesure où "dans la pratique, et cela depuis l'origine de notre code pénal, c'est l'existence et la nature de la peine qui permettent de définir l'infraction pénale"¹⁴⁹⁵. On avait donc affaire, avec le décret de 1985, à une mesure simplement modificative du règlement initial, dont la légalité était insusceptible de remise en cause incidente car protégée par la jurisprudence *Union des pêcheurs à la ligne de Grenoble*.

2 - L'opportunité d'un assouplissement des règles traditionnelles

Rejeter purement le moyen incident comme inopérant, bien que ce fût la solution à laquelle conduisait l'application aveugle des principes gouvernant l'utilité de l'exception, aurait engendré de fâcheux inconvénients. P. Hubert mettait essentiellement en avant le fait qu'"une sanction plus sévère est (...) de nature à modifier sensiblement l'impact d'une réglementation et à donner à un requérant l'idée d'aller devant le juge de l'excès de pouvoir alors qu'il ne l'avait pas eue initialement" : si le juge fermait la voie à l'exception, il condamnait corrélativement à l'échec le recours intenté, "l'acte augmentant le quantum de la peine - n'ayant - guère de chances d'être entaché de vices propres"¹⁴⁹⁶. Il restait donc au juge à aménager, voire à renverser son approche traditionnelle du problème ; il s'est contenté d'y pratiquer une légère entaille.

B. Un assouplissement de portée délibérément circonscrite

La formulation de l'arrêt témoigne de la volonté du juge de bien délimiter l'inflexion qu'il a consentie à l'exigence d'une "mesure d'application" : désormais, en plus du cas de figure classique, un requérant est autorisé, au soutien de sa requête contre un décret "qui modifie les peines contraventionnelles punissant certaines infractions, à exciper de l'illégalité du décret (...) qui définit lesdites infractions". Le Conseil d'État ne désire pas, à l'évidence conférer une portée excessive à la dérogation que l'opportunité lui commande en l'espèce, sans doute parce qu'il se méfie du facteur d'instabilité juridique que représenterait une admission trop aisée du mécanisme de l'exception¹⁴⁹⁷ : il n'a en tout cas visiblement pas renoncé au principe dégagé par l'arrêt *Union des pêcheurs à la ligne de Grenoble*, mais a isolé un cas qui ne souffre pas de cette prohibition. L'aménagement, bien qu'ainsi circonscrit, n'en revêt pas moins une importance pratique assez remarquable : nous partageons en effet l'avis de C. Maugué et de R. Schwartz selon qui "cette jurisprudence aura sans doute l'occasion d'être appliquée dans la mesure où il n'est pas rare que le gouvernement renforce un dispositif contraventionnel qui s'est révélé avoir un effet insuffisamment dissuasif"¹⁴⁹⁸. Il se pourrait, en outre, que le Conseil d'État soit amené

¹⁴⁹⁴ Ce qui, de toutes façons, était plus que douteux, car il serait abusif de dire que la détermination de l'infraction prévoit ou organise la peine qui s'y attache.

¹⁴⁹⁵ P. Hubert, conclusions précitées, p.503 : ainsi un texte prohibant un comportement déterminé sans en prévoir la sanction ne constitue pas un texte pénal.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p.500 ; le commissaire du gouvernement insistait parallèlement sur le fait que la possibilité d'invoquer devant le juge répressif l'irrégularité du règlement en cause ne compensait pas l'échec du recours en annulation, en raison de la portée moindre de la décision rendue au pénal et de la différence de contrôle exercé par les juridictions des deux ordres.

¹⁴⁹⁷ D'autant que, comme le notent les commentateurs de *l'Actualité juridique, Droit administratif* (observations précitées, p.337), il existe d'autres voies de droit, comme celle de l'abrogation obligatoire, qui permettent de faire sanctionner l'irrégularité en cause.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

un jour à étendre le champ de la correction des règles de l'utilité de l'exception à laquelle il a ici procédé.

II - Une possible généralisation

Ce qui pousse à penser que l'exception consacrée par l'arrêt *Leclerc* débordera à terme la matière pénale, c'est que rien ne singularise celle-ci d'autres domaines de l'action administrative relativement au mécanisme qui nous intéresse, et qu'il ne paraît pas fantaisiste d'espérer un renversement plus marqué de la jurisprudence *Union des pêcheurs à la ligne de Grenoble*.

A. Aucune spécificité propre à la matière pénale ne justifie cette dérogation

M. Hubert a certes joué sur "l'importance et la sensibilité de la matière pénale" pour persuader la Section du contentieux de ne pas fermer la voie de l'exception en l'espèce¹⁴⁹⁹. Mais à l'heure d'envisager l'inflexion à apporter aux règles traditionnelles, il mit en garde le Conseil d'État contre la tentation de donner à sa solution une portée *ad hoc*, strictement limitée à cette seule matière, qui ne représenterait qu'une "complication supplémentaire" des règles commandant le mécanisme de l'exception d'illégalité, sans raisons juridiques déterminantes : au regard du contentieux administratif, les textes pénaux, bien que touchant une matière comportant de multiples spécificités, redeviennent "des actes administratifs comme les autres", qui devraient, en tant que tels, se plier aux exigences procédurales communes¹⁵⁰⁰. On ne voit donc pas très bien pourquoi l'assouplissement consenti resterait emprisonné dans les frontières du contentieux qui s'y est le premier prêté.

B. Un assouplissement de portée plus générale est envisageable

En limitant expressément la portée de la nouveauté jurisprudentielle, la Section du contentieux s'est refusé à suivre l'avis principal de son commissaire du gouvernement qui lui proposait sinon une refonte globale des règles de l'utilité de l'exception, du moins une retouche plus étendue que celle qui a été pratiquée. Après avoir effectué un parallèle avec la décision du Conseil constitutionnel *état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*¹⁵⁰¹ qui admet l'exception d'inconstitutionnalité à l'occasion de l'examen d'une loi qui modifie, complète une loi antérieure ou en affecte le domaine, M. Hubert proposait de s'inspirer de cette technique pour "accepter que puisse être invoquée l'illégalité d'un acte réglementaire lorsque l'acte attaqué qui le modifie vient aggraver les conséquences de l'illégalité supposée"¹⁵⁰². Bien sûr, on a vu que la Haute juridiction n'avait pas osé faire sienne cette formulation qui, quoique souple en apparence, aurait occasionné une brèche beaucoup plus profonde dans les règles de l'utilité de l'exception que celle qui résulte du libellé de l'arrêt. Mais ce dernier n'affiche pas, parallèlement, d'opposition de principe à une future évolution de la jurisprudence dans le sens que M. Hubert appelait de ses vœux, ce qui aurait été le cas s'il avait réaffirmé avec solennité l'idée que, hors cas très exceptionnel comme le cas d'espèce, l'utilité du moyen incident mettant en cause la

¹⁴⁹⁹ Conclusions précitées, p.501.

¹⁵⁰⁰ Sur tous ces points, *ibid.*, p.504 ; voir également *Actualité juridique, Droit administratif*, note précitée, p.337 : "la matière pénale ne présente pas une spécificité telle qu'il soit nécessaire ou justifié d'adapter les mécanismes de fonctionnement de l'exception d'illégalité dans ce seul domaine.

¹⁵⁰¹ Décision n°85-187 D.C. du 25/01/1985, p.43 ; *La semaine juridique* 1985, II, n°20356, note C. Franck ; *Dalloz* 1985, p.361, note F. Luchaire ; *La Revue administrative* 1985, p.355, note M. de Villiers ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.362, note P. Wachsmann ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°38.

¹⁵⁰² Conclusions précitées, p.507.

régularité d'un règlement ne se concevait qu'à l'appui d'un recours visant une mesure d'application de celui-ci. Ce n'est donc pas a priori un espoir insensé que celui qui mise, à terme, sur la permission de fonder un recours pour excès de pouvoir form, à l'encontre d'un acte modifiant un règlement sur un vice censé affecter ce dernier, du moins lorsque l'acte modificatif aurait une certaine incidence sur l'illégalité mise en avant¹⁵⁰³. Cet aménagement ne choquerait en tout cas pas plus les principes traditionnellement applicables en la matière que certaines solutions déjà consacrées, qui autorisent le jeu du mécanisme de l'exception à l'occasion de la contestation d'une mesure juridiquement indépendante du règlement argué d'illégalité.

Paragraphe 2 - Utilité du moyen incident soulevé à l'encontre d'un acte indépendant du règlement

Le concept de "mesure d'application" est naturellement rétif à toute idée d'indépendance : pareille mesure est placée sous le joug juridique du règlement qui lui sert de fondement, et son sort s'avère indissolublement lié à la régularité ou à l'irrégularité de celui-ci. Pourtant, l'utilité de l'exception a été admise sans guère de difficultés dans un domaine où a été consacrée une dissociation certaine entre règlements applicables et décisions individuelles intervenant dans son cadre : on veut parler du contentieux des autorisations d'urbanisme, dont les grandes règles ont été fixées par le juge administratif depuis l'arrêt *Gepro*¹⁵⁰⁴. Aussi est-on en droit de s'interroger sur l'éventuel impact de cette permissivité sur les règles générales qui font l'objet de notre recherche.

I - Le problème soulevé par l'emploi de la technique de la dissociation en matière d'urbanisme

Bien qu'il ait, comme nous le savons, employé la technique de la dissociation pour éviter l'annulation en cascade d'autorisations d'urbanisme consécutivement à la censure d'un P.O.S., le juge a souhaité ne pas barrer la voie à l'exception d'illégalité dans ce domaine. Il a dû, pour cela, s'affranchir des principes traditionnels commandant le mécanisme.

A. La nécessaire extension de la jurisprudence *Gepro* à l'exception d'illégalité

1 - Les arguments plaçant en faveur d'une telle extension

a) Avant l'intervention de la jurisprudence *Gepro*, un requérant pouvait obtenir l'annulation de tout permis de construire ou autorisation de lotir lorsqu'était reconnu fondé le moyen tiré de l'illégalité du P.O.S. sous l'empire duquel ils avaient été rendus¹⁵⁰⁵. Malgré la consécration ultérieure du procédé de la détachabilité en la matière, il n'apparaissait pas souhaitable de renverser cette solution, en privant de toute portée un moyen tiré de l'illégalité du P.O.S.

¹⁵⁰³ On pense en particulier à une hausse du nombre de personnes susceptibles d'en pâtir, à la contamination d'autres opérations administratives, etc.

¹⁵⁰⁴ Il convient en conséquence de se reporter aux développements présentant cette la jurisprudence *Gepro* avant d'aborder ceux qui vont suivre (Cf. *supra*, Sous-titre précédent).

¹⁵⁰⁵ Voir respectivement : C.E., 18/02/1981, Commune de Châlons-sur-Marne, p.878 ; et C.E., 21/04/1982, Société Omnium d'entreprise Dumesny et Chapelle et Cie, p.778 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.665, obs. F. Bouyssou.

invoqué à l'appui d'une demande en annulation d'une décision prise sur le fondement de celui-ci. La technique de l'exception d'illégalité représente en effet un instrument privilégié de contestation, au service de l'administré, d'une mesure individuelle le frappant¹⁵⁰⁶. M. Pacteau a bien mis en avant le rôle primordial de cette procédure dans la mesure où l'on ne peut pas toujours penser à attaquer tous les actes réglementaires ; on n'y aurait pas même forcément toujours intérêt au sens procédural du terme - ne serait-ce que dans le cas du P.O.S. d'une ville où on ne s'installerait qu'ultérieurement"¹⁵⁰⁷.

b) C'est pourquoi le commissaire du gouvernement Vigouroux, une fois qu'il eut posé les lignes directrices de la jurisprudence *Gepro*, en prôna l'extension à la mise en cause du P.O.S. par voie d'exception¹⁵⁰⁸. Cela permettait, à l'instar de ce qui se passait en matière d'annulation du P.O.S., de trouver un moyen terme entre les deux solutions extrêmes que constituaient, d'une part, la contagion automatique de l'illégalité du P.O.S. et, d'autre part, l'immunité totale des décisions d'urbanisme prises sur le fondement de celui-ci : seuls seraient directement censurables, sur admission d'une contestation incidente du P.O.S., les permis "indissociables" (au sens de la jurisprudence *Gepro*) du vice affectant ce dernier, ainsi que les refus de permis. En revanche, la légalité des permis "dissociables" de ce vice devrait s'apprécier à la lumière des dispositions d'urbanisme que la paralysie du P.O.S. reconnu illégal laissait transparaître¹⁵⁰⁹.

2 - La concrétisation des attentes

Les exhortations de M. Vigouroux produisirent rapidement leur effet : le 18 mai 1988, à l'occasion de l'affaire *Moreels et autres*¹⁵¹⁰, le Conseil d'État transposait la jurisprudence *Gepro* à l'hypothèse du P.O.S. contesté par voie d'exception. En l'espèce était attaqué l'octroi d'un permis délivré pour la construction de 198 logements H.L.M. dans un secteur que le schéma directeur réservait aux espaces verts. Le P.O.S. ayant été reconnu illégal pour incompatibilité avec le schéma sur ce point, mais le vice ainsi constat, n'étant pas considéré comme exclusivement destin, à favoriser la construction litigieuse, le juge vérifie la légalité du permis contesté par rapport aux dispositions du S.D.A.U. remises en vigueur du fait de la mise à l'écart du P.O.S. illégal. Cette solution paraît a priori fort logique, et pour M. Venezia, il était même "naturel"¹⁵¹¹ que le régime réservé à l'exception d'illégalité suive celui de l'action directe ; elle ne laisse pas cependant de poser des problèmes au regard des règles classiques régissant l'utilité de l'exception¹⁵¹².

B. La mise à l'écart des principes classiques de l'utilité de l'exception d'illégalité

Si l'on se place sous l'angle des analyses traditionnelles, il apparaît que la transposition de la jurisprudence *Gepro* - qui écarte l'automaticité de la chute des permis délivrés sur la base d'un P.O.S. annulé- en matière d'exception d'illégalité n'allait pas de soi, car elle heurte le principe solidement établi selon lequel le moyen tiré de l'irrégularité d'un règlement devient

¹⁵⁰⁶ Sur ce point, voir *infra*, Partie II, Titre II, Sous-titre II.

¹⁵⁰⁷ Note sous l'arrêt Assaupamar, *Les petites affiches* 9/01/1991, précitée.

¹⁵⁰⁸ Cf. conclusions précitées.

¹⁵⁰⁹ Cf. *supra*, Sous-titre précédent.

¹⁵¹⁰ *Lebon* p. 193; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.767, note J.-B. Auby.

¹⁵¹¹ *Art. cit.* p. 678.

¹⁵¹² Certains auteurs commencent à en prendre conscience : Cf. en particulier J.-B. Auby, "Petite loi d'urbanisme. Beaucoup de bruit sans raison", *Etudes foncières* n°62, mars 1994, *art. cit.* p.8 (*in fine*).

inopérant s'il est invoqué à l'appui d'une requête en annulation d'un acte ne constituant pas une "mesure d'application" de ce règlement¹⁵¹³. Cela se vérifie en présence d'une autorisation tant dissociable qu'indissociable du plan d'urbanisme contesté.

1 - Dans l'hypothèse d'une mesure "indissociable" du vice du P.O.S

a) Une "mesure indissociable" se différencie d'une "mesure d'application"

* Dans ce premier cas de figure individualisé par la jurisprudence *Gepro*, on pourrait certes concevoir que la condition de "mesure d'application" est remplie, le permis attaqué étant indissociable du P.O.S. illégal et devant donc le suivre dans sa chute. Sommes-nous pour autant en présence d'une mesure pouvant être ainsi qualifiée au sens de la jurisprudence *Sté Etablissements Petitjean*¹⁵¹⁴? C'est plus que douteux. Nous avons déjà montré en quoi l'indissociabilité se démarquait du rapport classique qui unit acte annulé et acte-conséquence¹⁵¹⁵. La même remarque vaut pour l'utilité de l'exception : ce n'est pas en retenant un prétendu lien d'"indissociabilité" qu'on rétablit la filiation juridique officiellement rompue par la décision *Association Comité pour la défense des espaces verts c/ Sé, Le Lama*¹⁵¹⁶, qui a érigé en principe l'idée selon laquelle un permis de construire "ne constitue pas un acte d'application du P.O.S.". Unir à nouveau le sort de l'autorisation d'urbanisme à celui du plan lorsque le vice de celui-ci n'avait d'autre but que de permettre l'opération contestée, n'équivaut pas au lien de dépendance qui rattache une mesure d'application au règlement qu'elle met en œuvre ; cela ne représente en somme qu'un instrument au service du juge dans les hypothèses où il pense qu'il convient de sanctionner un permis que des manœuvres frauduleuses ont favorisé.

* Ce hiatus entre "mesure d'application" et "mesure indissociable" peut d'ailleurs se déduire de l'arrêt *Association pour la défense de l'environnement de Golfe Juan et Vallauris*¹⁵¹⁷, qui a pour but d'éviter qu'une application trop rigide des principes posés par la jurisprudence *Gepro* n'aboutisse à des situations paradoxales, inéquitables, et dangereuses pour le respect de la légalité. Le Conseil d'État devait se prononcer à la fois sur des conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt, rendant public le P.O.S. de Vallauris, et sur une requête visant à l'annulation d'un permis de construire qui avait été délivré sur la base de celui-ci. Pour faire droit à la première, la Haute juridiction, suivant son commissaire du gouvernement, préféra à un moyen de légalité interne - tiré du fait qu'un découpage semblait "avoir résulté de considérations auxquelles les intérêts de certains particuliers n'étaient pas totalement étrangers"¹⁵¹⁸ - qui ne permettait qu'une annulation partielle du P.O.S. rendu public, un moyen

¹⁵¹³ Nous nous plaçons ici dans la seule optique des autorisations d'urbanisme, étant entendu que les refus, qui ne peuvent, quant à eux, être pris que sur la base de la réglementation, en constituent nettement une mesure d'application (Cf. *supra*, Sous-titre précédent).

Voir par exemple C.E., 2/12/1987, Cézian, p.1005 : un requérant peut utilement se prévaloir, à l'encontre d'un certificat d'urbanisme négatif déclarant non constructible la parcelle dont il est propriétaire, de l'illégalité du P.O.S. classant les terrains parmi lesquels se trouve la parcelle dont s'agit en zone non constructible. Et pour un refus de permis de construire, voir C.E., 10/06/1992, Commune de Falicon, arrêt précité.

¹⁵¹⁴ Arrêt précité.

¹⁵¹⁵ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

¹⁵¹⁶ Jurisprudence précitée (*ibid.*).

¹⁵¹⁷ C.E., 21/07/1989, Lebon p.166 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.407, 2^{ème} espèce, conclusions P. Frydman ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.70, note J.-B. Auby ; *Revue de droit immobilier* 1989, p.458.

¹⁵¹⁸ Conclusions précitées, p.408.

de légalité externe qui en justifiait la censure totale¹⁵¹⁹. Un problème se posait donc, s'agissant du sort à réserver au permis contesté: il ne faisait certes pas de doute, au vu du dossier, que l'octroi de celui-ci n'avait été rendu possible que par le zonage litigieux sus-évoqué, ce qui le rendait indissociable dudit zonage ; une application aveugle de la jurisprudence *Gepro* n'entraînait cependant pas l'illégalité automatique du permis, le P.O.S. n'ayant pas, en effet, été annulé du fait du détournement de pouvoir qui entachait les dispositions en cause, mais bien en raison d'un vice de procédure beaucoup plus neutre. Cela aurait normalement dû, en vertu de la jurisprudence *Association Comité pour la défense des espaces verts*¹⁵²⁰, conduire le juge à examiner la légalité du permis au regard des règles du R.N.U. rendues à nouveau applicables suite à la disparition du P.O.S.¹⁵²¹. M. Frydman exhortait le Conseil d'État à faire prévaloir, au prix d'une petite "gymnastique juridique", la solution inverse qui, selon lui, était fidèle à l'esprit de la jurisprudence *Gepro*, dont le but est de sanctionner les situations proches du détournement de pouvoir, et cela quand bien même cette considération n'aurait pas été celle retenue pour justifier l'annulation du P.O.S.. Plusieurs arguments d'opportunité plaidaient en ce sens : le principal résidait dans le fait qu'il aurait été pour le moins paradoxal que la présence pour ainsi dire "surabondante" d'un vice de forme couvre le permis litigieux, alors qu'en l'absence d'un tel vice, ce dernier aurait pâti de la sanction, même partielle, du P.O.S. entaché de détournement de pouvoir¹⁵²². Le Conseil d'État ne fit en conséquence aucune difficulté pour rompre la "logique infernale"¹⁵²³ à laquelle aboutissait une application irréfléchie des principes de la jurisprudence *Gepro* : en relevant que le P.O.S. annulé pour vice de forme "était en outre entaché d'une erreur manifeste d'appréciation", il admit que le permis, qui n'avait pu être délivré qu'à la faveur de la disposition viciée au fond, présentait bien le caractère d'indissociabilité requis et méritait d'être annulé par voie de conséquence.

L'intérêt de cette décision est de montrer qu'un même acte peut parfaitement cumuler les caractères de dissociabilité et d'indissociabilité d'un règlement donné. Le permis de construire attaqué en l'espèce se révèle en effet à la fois dissociable de l'illégalité externe du P.O.S. qui a motivé l'annulation de celui-ci, et indissociable de celle qui entache corrélativement ce règlement mais qui n'a donné lieu à aucune censure directe. Or, une telle dualité n'est pas envisageable lorsqu'on a affaire à une mesure d'application d'un règlement : soit on estime que l'acte en cause entretient un tel rapport avec ce dernier, et il tombera en conséquence de sa chute ; soit on ne peut le qualifier de "mesure d'application", et sa pérennité est assurée, quel que soit le sort du règlement dont il se démarque. Cette unicité de régime tient au fait qu'on ne prend ici en considération que la nature de la décision, et non - comme dans la technique de la dissociation - les causes de son irrégularité qui, elles, peuvent se révéler multiples et entraîner des conséquences divergentes. Le rapport d'indissociabilité se différencie donc très nettement de celui qui unit une mesure d'application au règlement qui lui sert de base légale.

¹⁵¹⁹ C.E., même date, M. Party ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.412, 1^{ère} espèce.

¹⁵²⁰ Jurisprudence précitée.

¹⁵²¹ Or M. Frydman démontrait qu'en l'espèce, cette application de la jurisprudence Comité des espaces verts aurait sauvé les permis contestés.

¹⁵²² M. Frydman montrait en outre le risque que présentait une telle solution dans la mesure où des situations similaires avaient toutes les chances de se présenter fréquemment, ce que n'a pas démenti la jurisprudence ultérieure puisque le cas s'est renouvelé (C.E., 19/05/1993, Compagnie générale des eaux, req. n°74771) ; il soulignait également que cela aurait permis à des "maires indéliçats" de "se prémunir contre l'annulation des permis de construire délivrés en application d'un P.O.S. illégal pour motif de fond en provoquant sciemment un vice de forme", ouvrant ainsi la porte à tous les abus.

¹⁵²³ *Revue de droit immobilier* 1989, chronique précitée.

b) L'indissociabilité sert pourtant de vecteur à l'exception d'illégalité

* Bien qu'elle n'équivaille en rien au rapport existant entre règlement et mesure d'application, le Conseil d'État a décidé que l'indissociabilité d'un permis de construire par rapport au P.O.S. suffisait à permettre le jeu de l'exception d'illégalité. Cela résulte en particulier de l'affaire *M. et Mme Johannet*¹⁵²⁴. Les requérants demandaient l'annulation d'un permis de construire délivré à un parent du maire, en excipant de l'illégalité d'une modification du P.O.S. destinée à en rendre possible l'octroi. La Haute juridiction, constatant que la modification était entachée de détournement de pouvoir, censura le permis qui présentait, à l'évidence, le caractère indissociable requis¹⁵²⁵.

* On ne peut s'empêcher de rapprocher cette solution de la jurisprudence Bert précédemment étudiée. Rappelons qu'ici la Haute Assemblée n'avait pas suivi son commissaire du gouvernement qui lui proposait, du moins en l'espèce, de remplacer le critère de "mesure prise en application de" par celui de "mesure rendue possible par", la création de la Z.A.C. contestée n'ayant pu intervenir qu'après modification illégale du périmètre d'un lotissement¹⁵²⁶. L'espèce *Epoux Johannet* ressemble à s'y méprendre à ce cas de figure, la modification du P.O.S. ayant consisté purement et simplement à supprimer la disposition de ce règlement qui interdisait les constructions à plus de 40 mètres de l'alignement des voies publiques : on était donc bien en présence, comme dans la décision *Bert*, d'une modification purement négative consistant en la suppression d'un obstacle mis à la délivrance de l'autorisation contestée. Le permis de construire octroyé à la suite de cette opération aurait, par suite, parfaitement pu s'analyser comme une décision "rendue possible" par celle-ci, ce qui aurait dû nécessairement condamner le moyen incident. On pourrait être tenté de croire que l'identification par le juge d'un détournement de pouvoir - ce qui n'avait pas été expressément dénoncé dans l'affaire *Bert* - permet un assouplissement des exigences en matière d'utilité de l'exception ; mais il serait vain de chercher à creuser ce filon¹⁵²⁷ pour la bonne et simple raison que cette permissivité se retrouve également lorsque le juge n'a été en mesure d'identifier aucune indissociabilité.

¹⁵²⁴ C.E., 19/06/1991 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.698 (précité).

¹⁵²⁵ Pour un exemple plus récent, concernant un permis de construire délivré sur le fondement d'un P.A.Z. (hypothèse dans laquelle, nous le savons, le Conseil d'État applique la jurisprudence Gepro depuis l'arrêt du 5/12/1994, Syndicat Viticole de Pessac-Léognan et autres, précité), voir C.E.27/02/1995, Association de défense des quartiers de Fréjus, *Revue française de droit administratif* 1995, p.431 : "considérant que le permis de construire litigieux n'a pu être délivré qu'à la faveur des dispositions du plan d'aménagement de zone ; que, dès lors, la constatation par la voie de l'exception de l'illégalité de ce document d'urbanisme entraîne par voie de conséquence l'illégalité, de l'arrêt, (...) par lequel le maire de Fréjus a accordé le permis de construire contesté".

¹⁵²⁶ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁵²⁷ D'autant plus que certains arrêts ont déjà retenu l'utilité de l'exception dirigée contre un règlement local d'urbanisme au soutien d'une demande d'annulation d'une autorisation d'urbanisme sans mettre en avant cette idée de détournement de pouvoir. Cf. par exemple C.E., 2/12/1991, M. et Mme Souill, c/ Ville de Paris, p.418 ; *Revue française de droit administratif* 1992, p.1041, conclusions R. Abraham ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.170, chron. C. Maugué et R. Schwartz (mise en cause incidente d'un article du P.O.S. de la ville de Paris qui écartait illégalement une règle de coefficient d'occupation des sols et avait permis de ce fait la délivrance du permis contesté, alors que l'indissociabilité de ce vice ne résultait pas d'un réel détournement de pouvoir).

2 - Dans l'hypothèse d'une mesure "dissociable" du vice du P.O.S.

a) Aucun lien ne peut plus être invoqué entre permis et règlement d'urbanisme

Si l'hypothèse précédente laisse à croire que le rapport d'"indissociabilité" est à même de pallier l'absence de toute mesure d'application, on ne peut plus, en revanche, mettre en avant aucun lien de substitution dans le cas où l'autorisation d'urbanisme est dissociable du plan. Fait en effet ici cruellement défaut l'exigence qui résulte du deuxième temps du considérant de principe de l'arrêt *Sté Etablissement Petitjean*, et qu'on pouvait à la rigueur trouver remplie dans la configuration précédente. Celle-ci veut, rappelons-le, qu'un moyen excipant de l'illégalité d'un règlement ne soit utilement soulevé qu'à l'appui d'un recours contre une mesure dont "la légalité est subordonnée à celle du premier texte"¹⁵²⁸. "Cela revient à dire, écrivait G. Liet-Veaux¹⁵²⁹, que, dans la mesure où la première disposition réglementaire est entachée d'illégalité, la décision individuelle devient dépourvue de base légale (...) : sans la première, la seconde n'a pas de signification, c'est-à-dire de base juridique"¹⁵³⁰. Or, il résulte au contraire des principes inspirant la jurisprudence *Gepro* que la reconnaissance de l'illégalité du P.O.S., même par voie d'annulation, n'entraîne pas automatiquement la chute des permis qui en sont dissociables. L'application des règles classiques conduirait donc inéluctablement à rendre inopérant le moyen fondé sur l'illégalité du P.O.S. invoqué à l'appui d'un recours contre un tel permis¹⁵³¹. Le juge, s'il avait adopté son analyse traditionnelle, aurait dû, une fois établi que le vice entachant le P.O.S. n'avait pas eu pour objet de permettre l'octroi de l'autorisation litigieuse, mettre en avant l'inutilité du moyen, le lien unissant plan et permis n'étant, comme nous le montre la jurisprudence *Association Comité pour la sauvegarde des espaces verts*¹⁵³², même plus suffisant pour laisser se développer une annulation par voie de conséquence.

b) L'exception d'illégalité est pourtant admise par le juge

L'arrêt *Moreels*, dont on a déjà tracé les contours, témoigne que le raisonnement tenu en la matière n'est pas celui qu'imposait la jurisprudence habituelle¹⁵³³ : après avoir mis en lumière l'illégalité du P.O.S., le juge vérifie la régularité du permis de construire au regard des dispositions du schéma directeur. Cela revient donc à reconnaître une utilité certaine à l'exception d'illégalité dans la mesure où le Conseil d'État est amené non seulement à vérifier que le P.O.S. est bel et bien irrégulier, mais, au surplus, à mettre celui-ci entre parenthèses afin

¹⁵²⁸ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁵²⁹ *Art. cit.*.

¹⁵³⁰ Cf. dans le même sens, les conclusions M. Dandelot sur C.E., 7/02/1986, Colombet, *Revue du droit public* 1986, p.1161 s.: "Admettre que l'on est en présence d'une mesure d'application de règlement revient, *ipso facto*, à admettre que l'illégalité de celui-ci entraîne l'illégalité de celle-là".

¹⁵³¹ Cette implication des principes de l'utilité de l'exception avait été pressentie par M. Garnier dans son article publié à *La semaine juridique* en 1988 (*art. cit.*), mais celui-ci concluait à l'irrecevabilité du moyen alors que c'est bien d'inutilité dont il s'agit ici.

¹⁵³² Arrêt précité.

¹⁵³³ Du moins pour ce qui est du Conseil d'État ; en effet un tribunal administratif au moins, appliquant la jurisprudence consacrée en matière d'utilité de l'exception, a, au motif que les dispositions d'un règlement d'urbanisme incidemment contestées à l'appui d'une demande d'annulation de permis de construire n'avaient "pas conditionné la délivrance du permis litigieux", estimé que "les éventuels vices qui entacheraient les dispositions précitées ne sauraient donc être utilement invoquées par l'association requérante" (T.A. Nice, 26/09/1991, Groupement des Associations de défense des sites et de l'environnement de la côte d'Azur, Association "S.O.S. environnement Valbonne", *Droit administratif* 1992, n° 307).

qu'il laisse resurgir la réglementation générale¹⁵³⁴. Cette utilité se trouve d'ailleurs confirmée en l'espèce par l'annulation du permis de construire comme contraire au S.D.A.U.. Mais le moyen peut également être estimé opérant alors que rien dans la réglementation que laisse transparaître le P.O.S. irrégulier ne fondera la censure, l'autorisation d'urbanisme querellée étant sauvée par la présomption de légalité induite par la reconnaissance de la dissociation¹⁵³⁵. Si un tel raisonnement se justifie au fond par le souci de conférer à la reconnaissance de l'illégalité du P.O.S. par voie d'exception les mêmes effets que ceux dévolus à l'annulation de celui-ci, il n'en reste pas moins que le juge démontre, au travers de cette construction audacieuse, l'élasticité des principes les mieux établis, en l'occurrence celui de l'exigence de la présence d'une mesure d'application pour rendre opérante l'exception d'illégalité dirigée contre un règlement¹⁵³⁶. Malgré tout, de telles distorsions de jurisprudences laissent un sentiment d'insatisfaction, et conduisent à s'interroger sur l'éventualité d'harmonisations futures.

II - De possibles répercussions sur le contentieux administratif général

Les entorses aux règles de l'utilité de l'exception que nous venons de signaler ne font qu'ajouter au flou et à l'incertitude qui entourent celles-ci, si bien qu'on en arrive à espérer une nouvelle définition des exigences jurisprudentielles en la matière. Une clarification de l'état du droit semblerait la bienvenue, s'agissant en particulier du concept de "mesure d'application".

A. La redéfinition éventuelle des exigences jurisprudentielles

Cette redéfinition a déjà été souhaitée par certains commissaires du gouvernement. Ainsi M. Hubert, à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *Leclerc*, envisageait "d'accepter qu'outre les actes dont il est fait application, d'autres actes, dont l'existence ou la légalité sont absolument nécessaires pour que l'acte attaqué ait un sens, puissent faire l'objet d'une exception"¹⁵³⁷. Il voyait là un parallèle intéressant avec la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes qui admet l'utilité des moyens incidents à l'encontre d'actes qui "constituent la base juridique de la décision attaquée"¹⁵³⁸, formule d'après lui plus large que celle de "base nécessaire" qu'induit l'idée de mesure d'application, et qui rapprocherait les règles de l'utilité de l'exception de celles qui gouvernent les annulations par voie de conséquence. On peut se demander toutefois si compléter le critère en consacrant une idée aussi floue (autant que l'ancienne, semble-t-il) suffirait à résoudre tous les problèmes : cela ne paraît pas en particulier expliquer pourquoi est admis le moyen soulevé à l'encontre d'un permis dissociable du P.O.S. fondé sur l'irrégularité de ce dernier¹⁵³⁹. Mais il est vrai que cette solution est tellement hors norme qu'il pourrait ne s'agir que d'une construction tout à fait isolée, irréductible à une règle

¹⁵³⁴ Depuis la promulgation de la Loi Bosson, c'est plutôt l'ancienne réglementation locale d'urbanisme qui a des chances de resurgir (voir *supra*, Titre I, Sous-titre II).

¹⁵³⁵ Cf. C.E., 2/12/1991, M. et Mme Tanguy et autres, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1992, p.547, conclusions R. Abraham.

¹⁵³⁶ On pourrait même le taxer d'une certaine désinvolture à cet égard à la lecture de l'arrêt *Raccat* (précité), dans lequel, alors même qu'il privilégie une solution qui ne l'obligeait pas à prendre position sur ce point, le Conseil d'État mentionne "par inadvertance" que le certificat d'urbanisme en cause en l'espèce était pris "en application" du P.O.S., ce qui semble contraire à la démonstration à laquelle s'était livré le commissaire du gouvernement (Cf. *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, note Delpirou précitée).

¹⁵³⁷ Conclusions précitées, p.505.

¹⁵³⁸ C.J.C.E., n° 92-78, 6/03/1979, Simmenthal, p.777.

¹⁵³⁹ Elle couvrirait en revanche l'hypothèse du permis jugé indissociable du P.O.S. illégale car ici, ce dernier représente sans aucun doute la base juridique de l'autorisation attaquée, ses dispositions ayant été spécialement conçues pour permettre l'autorisation litigieuse (Cf. arrêt *Epoux Johannet* précité).

quelconque, même assouplie, de l'utilité de l'exception. Penchons donc en faveur de la thèse qui plaide pour une identité plus marquée entre les différents types de chaînes d'actes touchées par les reconnaissances d'illégalité : un rapprochement entre celles qui rassemblent les décisions subissant les conséquences d'une annulation et celles qui unissent les actes soumis au mécanisme de l'exception d'illégalité pourrait s'avérer en effet une solution praticable, même si, au total, cela revient à laisser une large marge d'appréciation au juge dans la détermination de leur contenu. Cela aurait au moins le mérite d'éviter l'existence d'un faux principe assorti de multiples exceptions, et d'expliquer la quasi totalité de ces dernières.

B. Une redéfinition qui couvrirait d'autres solutions atypiques actuelles

Un assouplissement des règles de l'utilité de l'exception tendant à aligner celles-ci sur les principes commandant le mécanisme de l'annulation par voie de conséquence présenterait l'avantage d'englober, outre l'hypothèse consacrée par la jurisprudence *Epoux Johannet*, un certain nombre de solutions qui ne cadrent que très difficilement avec l'actuel critère des "mesures d'application", voire débordent celui-ci. Il s'agit tout d'abord de la jurisprudence *Leclerc*, que nous avons étudiée, puisque ici, on pouvait dire que le décret de 1982 servait de "base juridique" à celui de 1985 qui le modifiait, ce dernier ayant été privé de sa seule raison d'être si, d'aventure, le premier texte était venu à être annulé par le juge de l'excès de pouvoir. Deux autres catégories d'arrêts sont concernées:

- en premier lieu ceux qui, sans référence à l'idée de "mesure d'application", admettent l'exception mettant en cause l'illégalité de règlements qui ne servent en rien de base à la décision contestée au principal. Il s'agit en particulier d'espèces dans lesquelles les requérants cherchent à établir qu'un organisme consultatif, dont l'avis était obligatoire afin de permettre l'édition de l'acte qui fait l'objet de la demande d'annulation, est dépourvue d'existence légale¹⁵⁴⁰. Cette tolérance ne correspond pas à la définition des "mesures d'application" telle quelle résulte de la jurisprudence actuelle, puisqu'on ne peut estimer que les décisions attaquées devant le juge de l'excès de pouvoir ont été prévues et organisées par les règlements prétendument viciés.
- en second lieu ceux qui n'hésitent pas à qualifier de "mesures d'application" d'un règlement, des actes dont on peut légitimement douter qu'ils en soient. Ainsi par exemple, a été reconnue telle l'autorisation d'une filiale du Commissariat à l'énergie atomique à exploiter des installations nucléaires, par rapport au décret réglementaire qui avait autorisé ledit Commissariat à créer cette filiale¹⁵⁴¹.

Dans chacune de ces deux séries de cas, on ne retrouve pas l'idée qui irrigue le droit commun actuel de l'utilité de l'exception : le règlement argué d'illégalité n'implique pas, par son contenu, la mesure dont on sollicite l'annulation et, par là même, ces espèces ne se plient pas à la vision des "mesures d'application" forgée par l'essentiel des jugements rendus en ce domaine¹⁵⁴². On ne peut estimer que l'arrêt, qui fixe la composition d'une commission est expressément édicté pour organiser le régime juridique dans lequel s'inséreront les mesures prises après avis de cet organisme ; pas plus qu'on doit considérer que le germe de la décision

¹⁵⁴⁰ C.E., S., 1er/10/1954, Bigeard, p.494 ; C.E., S., 25/01/1974, Duverger, p.59.

Voir également, pour la remise en cause incidente d'un arrêt, réglementaire fixant la liste des syndicats les plus représentatifs dont les délégués sont appelés à siéger dans une commission, C.E., 3/03/1981, Fédération nationale C.G.C. des médecins salariés contractuels et fonctionnaires, p.878.

¹⁵⁴¹ C.E., 26/03/1982, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique C.F.D.T. et autres, p.497.

¹⁵⁴² Voir notamment l'arrêt Bert précité.

de conférer des pouvoirs d'exploitation d'installations nucléaires se trouvait dans le décret de création de l'entreprise intéressée. Il est donc inutile de tenter de forcer la notion de "mesure d'application" pour tenter d'y loger ces cas exorbitants. En revanche, le jeu du nouveau critère pressenti engloberait parfaitement l'un et l'autre : l'annulation des règlements en cause entraînerait sans nul doute la chute des mesures attaquées, puisqu'elle entacherait soit une formalité substantielle, soit un préalable nécessaire à leur édicton¹⁵⁴³. En changeant de concept de référence, on pourrait donc parfaitement justifier que le mécanisme de l'exception trouve sa place entre ces différents actes, puisque ils fournissent un terrain propice à une annulation par voie de conséquence.

Les modifications qu'ont connues les chaînes d'actes touchées par une déclaration d'illégalité peuvent sembler de peu d'envergure, concernant fréquemment sinon des points de détail, du moins des domaines très circonscrits. Toutefois, leur addition indique clairement le désir du juge de se départir, dès que possible, du carcan de la bipolarité telle que classiquement conçue, afin de soumettre aux incidences des déclarations d'illégalité un certain nombre de décisions qui ne devraient pas normalement en pâtir. La tendance qui s'en dégage va incontestablement dans le sens de la remise en cause de l'effet relatif de chose jugée depuis toujours dévolu à ce type de constatation, non seulement par le cas que font les autres juridictions des reconnaissances incidentes d'illégalité pratiquées par le juge administratif, mais également en raison de la contamination, par ces dernières, d'actes extérieurs au litige y ayant donné lieu. Parallèlement, le net assouplissement des règles de l'utilité de l'exception permet au justiciable de soulever plus largement ce moyen en vue d'annulation d'actes qui, traditionnellement, ne s'inséraient pas dans la chaîne d'actes administratifs concernée par une déclaration d'illégalité.

Ici s'achève le tableau des solutions qui nous ont poussés à douter de la capacité des présentations classiques à rendre fidèlement compte de la réalité jurisprudentielle. Aux effets drastiques de l'annulation qu'on nous annonçait, nous avons opposé de multiples constructions amenant à relativiser fortement l'assertion de principe ; inversement, les incidences de la simple déclaration d'illégalité nous sont apparues, à bien des égards, nettement plus vigoureuses qu'on nous le laissait présager. Mais là ne doit pas s'arrêter notre démarche. L'atténuation du clivage traditionnel ayant été mise en lumière, il nous incombait de nous interroger sur les raisons - si raisons il y avait - de ce phénomène. La recherche menée en ce sens nous a convaincu qu'il existe bel et bien une dynamique de dépassement de la dichotomie *annulation / déclaration d'illégalité* au stade des effets de chacune d'entre elles.

¹⁵⁴³ Il existe bien, dans ces hypothèses, une "dépendance objective" des mesures attaquées au principal aux textes argués d'illégalité, dépendance de nature, on le sait, à laisser passer une annulation par voie de conséquence. Sur ce point, voir *supra*, Titre préliminaire.

PARTIE II

LE DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL

ENTRE CONSEQUENCES DE L'ANNULATION

**ET CONSEQUENCES DE LA DECLARATION
D'ILLEGALITE**

Il serait abusif de prétendre que le fossé existant, selon la doctrine, entre incidences de l'annulation et effets de la déclaration d'illégalité a été totalement comblé ; simplement apparaît-il moins profond lorsqu'on se penche pour le sonder. Vouloir comprendre les raisons de ce décalage supposait de s'intéresser à nouveau à la présentation classique, mais cette fois pour en dégager les ressorts logiques (Titre préliminaire). Armé de cette donnée fondamentale, il nous suffisait de vérifier si la dynamique actuelle de la matière lui correspondait. Or, force est de constater qu'il n'en est rien : de nombreux facteurs ont conduit le juge à abandonner la dichotomie consacrée, et à lui substituer inconsciemment un instrument d'analyse qui la transcende (Titre I). Mais on peut regretter les nombreux défauts qui affectent ce dernier, ainsi que déplorer la survivance de vestiges inutiles des conceptions traditionnelles (Titre II).

TITRE PRELIMINAIRE

LA LOGIQUE DE LA PRESENTATION CLASSIQUE

L'exposition des conceptions traditionnelles s'attachant aux effets de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif nous a permis de mettre en exergue le contraste existant entre ceux qu'on prêtait à l'annulation, et ceux qui découlait d'une simple déclaration d'illégalité : si la force des premiers se révélait particulièrement remarquable, c'est un esprit de nuance, voire de prudence, qui entourait les seconds. Une telle disparité n'est évidemment pas le fruit du hasard, mais traduit, par delà son strict domaine, l'impact de constructions doctrinales très enracinées dans la théorie du contentieux administratif : celle qui fait tout d'abord de l'annulation, en tant qu'arme privilégiée du juge de l'excès de pouvoir, un instrument entièrement voué à la répression des illégalités pouvant affecter l'action administrative (Chapitre 1) ; celle qui exige ensuite, lorsqu'est mise en cause la régularité d'une décision devenue définitive, qu'on tienne compte des impératifs de stabilité des relations juridiques en considération desquels a été instaurée la règle enfermant théoriquement la formation des litiges dans un certain délai (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ANNULATION OU LA LEGALITE SOUVERAINE

L'annulation vient solutionner de manière radicale les problèmes soulevés par l'irrégularité de l'action administrative, puisqu'elle fait disparaître rétroactivement les mesures viciées. Elle constitue en cela l'arme la plus efficace dont dispose le juge administratif pour assurer le respect du principe de légalité. Il est donc tout naturel qu'elle vienne ponctuer, si nécessaire, le recours considéré traditionnellement comme exclusivement destiné à remplir cette mission d'assainissement de l'ordre juridique, à savoir le recours pour excès de pouvoir. Et la conception classique de cette voie de droit impose au juge auprès duquel elle est exercée de ne se soucier que du rétablissement de la régularité de l'action administrative, sans qu'aucune autre préoccupation ne puisse troubler son office.

SECTION 1. RETABLIR LA LEGALITE CONSTITUE LE SEUL BUT DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

Point n'est besoin d'être un grand spécialiste du contentieux administratif pour savoir que celui-ci se divise, depuis son origine, en plusieurs branches. Il est également notoire que de nombreuses théories ont été élaborées pour tenter de classer ces sous-ensembles, les unes s'attachant à mettre en avant les pouvoirs dont dispose le juge dans chacun d'entre eux¹⁵⁴⁴, les autres insistant plutôt sur la nature de la question qui lui est posée. C'est ce dernier critère, dégagé en particulier par Léon Duguit¹⁵⁴⁵, qui va nous intéresser ici au premier chef : il permet en effet de différencier parfaitement les voies de droit objectives -dont fait partie, par excellence, le recours pour excès de pouvoir- qui tendent à faire se prononcer le juge sur la simple question de la conformité d'un acte aux sources du droit qui s'imposent à lui, et les recours dans lesquels le requérant pose à la juridiction administrative un problème d'ordre subjectif, destinés à faire reconnaître l'existence d'un droit dont il se prétend titulaire. Cette approche traditionnelle a joué un rôle essentiel dans la détermination des effets qu'une annulation doit théoriquement produire : en soumettant totalement le recours pour excès de pouvoir à la première catégorie, elle a conduit à considérer que le champ d'action de la censure de l'acte litigieux, au même titre que le contentieux qu'elle peut clôturer, devait présenter le caractère le plus large possible.

¹⁵⁴⁴ Il s'agit évidemment de la théorie soutenue par E. Laferrière, qui distingue par ce biais les contentieux de pleine juridiction, de l'annulation, de l'interprétation et de la répression. Voir son *Traité de la juridiction administrative* précité, t. I, pp.15 s.

¹⁵⁴⁵ *Traité de droit constitutionnel*, t. II, pp. 458 à 526.

Paragraphe 1. L'objectivité du recours

Plus que tout autre, le recours pour excès de pouvoir mérite la dénomination de "contentieux objectif" : il en constitue l'exemple le plus parfait, puisqu'il ne se contente pas de naître d'une interrogation sur "la conformité d'un acte juridique ou d'un agissement matériel avec une règle de droit"¹⁵⁴⁶, mais parce qu'il est également en mesure de solutionner les problèmes soulevés par une éventuelle réponse positive, au moyen de l'annulation de la décision litigieuse. Il représente en conséquence un instrument privilégié mis à la disposition des administrés pour faire sanctionner les libertés qu'a pu prendre l'administration avec le principe de légalité : grâce à lui, un requérant peut obtenir du juge l'élimination de l'ordre juridique des décisions irrégulières.

Le caractère strictement objectif du recours pour excès de pouvoir remonte, selon certains historiens du Droit, à son origine même. Il s'agissait alors, au début du XIX^{ème} siècle, de pallier les insuffisances des recours contentieux, à une époque où ceux-ci s'axaient exclusivement autour de la méconnaissance de droits subjectifs : ne pouvant, sans faire lui-même œuvre d'administrateur, statuer sur un droit subjectif mis en cause par un acte de "pure administration", le Conseil d'État a admis que le particulier lésé par un tel acte puisse le remettre en cause en se fondant non sur la violation d'un droit dont il serait titulaire, mais sur le respect de la légalité¹⁵⁴⁷. Le développement ultérieur du recours et sa consécration par la loi du 24 mai 1872¹⁵⁴⁸ n'ont pas affaibli cette idée initiale auprès de la doctrine classique, selon laquelle il demeure un moyen privilégié de surveillance de la régularité de l'action administrative et trouve là sa seule raison d'être.

¹⁵⁴⁶ C'est en ces termes que M. Waline exprime l'idée de contentieux objectif : "Vers un reclassement des recours du contentieux administratif", *Revue du droit public* 1935, p.222.

¹⁵⁴⁷ Voir notamment P. Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964. D'après cet auteur (p.263), le premier arrêt à avoir admis cette voie de droit spécifique serait la décision Landrin, en date du 4/05/1826.

¹⁵⁴⁸ Sur l'historique du recours pour excès de pouvoir, voir notamment P. Lampué, "Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX^{ème} siècle", *Revue internationale des sciences administratives* 1954, p.359.

I - La fonction naturelle du recours pour excès de pouvoir : la poursuite de l'illégalité de l'action administrative

Le recours pour excès de pouvoir permet aux administrés de faire sanctionner, lorsqu'ils les constatent, les manquements au principe de légalité auquel l'administration est assujettie dans un État de droit.

A. Une prérogative reconnue aux particuliers en vertu de l'État de droit

Sans revenir en détail sur la distinction bien connue opérée par Duguit entre État de droit et État de police¹⁵⁴⁹, il nous faut insister sur le fait que l'existence d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes pris par l'administration est inhérente au second concept. En effet, dans un État de police, les gouvernants ne sont pas soumis à l'obligation de respecter les règles juridiques préexistantes, et leurs décisions se révèlent en conséquence insusceptibles de tout contrôle juridictionnel dont la mise en jeu serait confiée aux citoyens. Il en va différemment dans un État de droit, puisqu'ici le principe de légalité est censé dicter l'action de l'administration : se conçoit alors parfaitement la possibilité, voire la nécessité¹⁵⁵⁰ d'une voie de droit ouverte aux particuliers dans le but de faire corriger d'éventuels errements gouvernementaux. Le recours pour excès de pouvoir constitue cet outil qui garantit aux administrés le respect des règles juridiques -constitutionnelles ou législatives- à l'élaboration desquelles ils sont censés avoir participé : il suffit d'en saisir le juge pour que soit assurée la sauvegarde du droit objectif¹⁵⁵¹. On comprend parfaitement ainsi la première raison pour laquelle cette voie de droit a été considérée par essence objective, puisque ce "pouvoir reconnu aux gouvernés apparaît lui-même comme général, permanent, et doué de la même valeur que

¹⁵⁴⁹ *Traité précité*, t.III, pp.88 à 93.

¹⁵⁵⁰ Il apparaît en effet, comme le rappelait l'avocat Darmont pour convaincre la C.J.C.E. de consacrer le principe général de droit communautaire qui exige la possibilité d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions qui portent atteinte aux règles européennes, que "le droit au juge est inhérent à l'État de droit", en tant que conséquence du principe de légalité. (cité par L. Dubouis dans sa note sous C.J.C.E., 15/05/1986, Marguerite Johnston, *Revue française de droit administratif* 1988, p.693).

Cette prérogative peut d'ailleurs se rattacher sans doute, dans le cadre de notre système constitutionnel, à l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen au titre de la "garantie des droits" qu'elle prévoit au profit de tout membre de la société (sur ce problème, voir *infra*, Titre II, Sous-titre II).

¹⁵⁵¹ Il représente ainsi, aux dires d'Hauriou, un "moyen d'obtenir dans l'administration et de l'administration l'observation de la légalité" (note sous C.E., 8/12/1899, Ville d'Avignon, *Sirey* 1900.3., p.73).

celle des normes fondamentales dont il permet de faire contrôler l'application. Il participe de leur nature et son sort est lié au leur : elles disparaissant, il serait privé de tout contenu ; réciproquement, lui disparu, elles ne présenteraient plus aucune valeur pratique"¹⁵⁵².

B. Une prérogative reconnue aux particuliers en vue de la défense de l'intérêt général

Comme nous venons de le signaler, le recours pour excès de pouvoir permet d'assurer le respect du principe de légalité, constituant ainsi, aux dires de G. Renard, "l'expression procédurale de mon intérêt (en tant que citoyen) au maintien de l'ordre administratif"¹⁵⁵³. C'est pourquoi cet auteur qualifie cette voie de droit d'"organique" et d'"institutionnelle", puisque n'ayant d'autre but que de "supprimer le désordre à l'intérieur de la société considérée sous l'angle administratif"¹⁵⁵⁴. Cette vision explique pourquoi le requérant qui présente une demande d'annulation au juge administratif est traditionnellement perçu comme agissant non pour son propre compte, mais bien en tant que représentant de l'ensemble des administrés : le recours pour excès de pouvoir se définissant comme "un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue"¹⁵⁵⁵, celui qui prend l'initiative de la contestation le fait comme porte-parole de la collectivité, tout entière intéressée par la conformité de l'action administrative à la règle de droit qui s'impose à elle. Peu importe les rapports que peut entretenir le justiciable avec l'acte qu'il conteste : le seul objet du procès est de déterminer si ledit acte se trouve, oui ou non, en conformité avec les sources de la légalité¹⁵⁵⁶. C'est la raison qui a poussé la doctrine classique à considérer que le demandeur en excès de pouvoir ne constituait rien d'autre qu'une "sorte d'agent du ministère public"¹⁵⁵⁷, poursuivant -consciemment ou non- dans l'intérêt de tout le rétablissement de la légalité bafouée. Tout d'ailleurs dans le régime de ce recours pouvait conforter une telle impression : outre les points sur lesquels nous serons amenés à revenir, soulignons d'ores et déjà à ce propos que les seuls moyens qu'on est autorisé à soulever dans ce

¹⁵⁵² B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.* p.40.

¹⁵⁵³ Cité par P. Weil, *op. cit.* p.22.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p.20.

¹⁵⁵⁵ Conclusions Pichat sur C.E., 8/03/1912, Lafage (p.348), *Sirey* 1913.3, p.1.

¹⁵⁵⁶ Laferrière parlait dans cette hypothèse de "procès fait à un acte" (*op. cit.*, t. II, p.561), expression qui, comme chacun le sait, a depuis fait florès.

¹⁵⁵⁷ Cf. Kellerhsohn (citant Duguit), *op. cit.* p.188.

Dans le même sens, voir la note Hauriou précitée sous l'arrêt Ville d'Avignon : pour cet auteur, le requérant s'assimile à "un ministère public poursuivant la répression d'une infraction".

cadre sont des moyens de légalité¹⁵⁵⁸, ainsi que la brièveté du délai prévu pour son exercice, destiné à contraindre l'administré à réagir rapidement contre l'illégalité dont il a pu prendre conscience, évitant ainsi qu'elle ne perdure trop longtemps¹⁵⁵⁹.

Le recours pour excès de pouvoir se présente donc comme un contentieux intrinsèquement objectif, à la fois parce qu'il procède d'un pouvoir général destiné à contrecarrer une mauvaise application du droit positif, et parce que son exercice effectif, même s'il n'est le fait que d'un citoyen isolé, intéresse l'ensemble de l'ordre administratif. Mais selon l'approche classique, ici s'épuise son rôle : le requérant ne saurait en aucune manière se servir de cette voie de droit à des fins autres que la défense du principe de légalité.

II - Une fonction exclusive de toute autre

On considère traditionnellement que, du fait du caractère objectif du contentieux de l'excès de pouvoir, la question posée au juge y est "simplement" celle de la légalité d'un acte administratif¹⁵⁶⁰. Cela comporte de multiples implications : ainsi le requérant ne peut-il jamais faire valoir, par ce biais, un droit individuel qu'il entend voir reconnaître et protéger par le juge administratif¹⁵⁶¹. Il doit se borner à demander à la juridiction compétente d'annuler, s'il est illégal, l'acte qu'il défère, et ne saurait par exemple obtenir d'elle qu'elle réforme à son profit la décision querellée¹⁵⁶². Cette exclusivité de la fonction d'épuration de l'ordre juridique confiée au recours pour excès de pouvoir se révèle particulièrement flagrante en matière de demandes

¹⁵⁵⁸ Sur cette question, voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°694 s.

Notons en outre qu'un moyen de pure équité ne peut être invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir : C.E., 6/07/1956, Dame Monfort, p.296.

¹⁵⁵⁹ Voir en ce sens R. Chapus, *ibid.*, n°167.

¹⁵⁶⁰ Voir notamment M. Waline, *Revue du droit public* 1935, *art. cit.* p.222. Dans le même sens voir G. Jèze (*Revue du droit public* 1913, *art. cit.* p.331) : "il s'agit essentiellement et exclusivement d'une question de légalité, c'est-à-dire de constater si tel acte est ou non conforme à la loi, au Droit".

¹⁵⁶¹ Cette position a été défendue par de très nombreux auteurs. Pour une énumération détaillée de ceux-ci, B. Kornprobst, *op. cit.* p.209, notes 8 à 16.

¹⁵⁶² Ont ainsi par exemple été considérées comme irrecevables des conclusions déposées par une société tendant à ce que le Conseil d'État réforme une décision du bureau central de tarification pour l'assurance-construction au motif que les décisions de cet organisme sont contrôlées par la voie de recours pour excès de pouvoir (C.E., 7/11/1984, Sté Coteba, p.351).

reconventionnelles¹⁵⁶³ : le juge considère en effet qu'une personne publique mise en cause par le requérant - par le biais de la contestation de la régularité d'un de ses actes - ne peut utilement présenter de conclusions visant à obtenir de ce dernier des dommages-intérêts pour procédure abusive dans une instance en annulation pour excès de pouvoir¹⁵⁶⁴. Les raisons de cette exclusion de principe¹⁵⁶⁵ des conclusions reconventionnelles dans le contentieux qui nous préoccupe ont été explicitées par le commissaire du gouvernement J. Baudouin à l'occasion de l'affaire *Noble* : "le juge de l'excès de pouvoir ne saurait (...), sans dénaturer le sens du contrôle qu'il exerce, étendre sa mission à la réparation du préjudice causé à la prétendue victime de l'introduction du pourvoi, et il n'appartient pas à la collectivité publique à laquelle le recours a été communiqué de modifier la nature de l'instance, en métamorphosant par on ne sait quel miracle contentieux le juge de l'excès de pouvoir en un juge de plein contentieux"¹⁵⁶⁶.

On voit à quel point le juge de l'excès de pouvoir s'attache à préserver le caractère purement objectif de la question qui lui est soumise, et ne souhaite pas s'aventurer au delà du seul point de savoir si l'acte qui fait l'objet du litige est conforme au Droit. Ce souci se traduit d'ailleurs par une multitude de règles dont l'addition dessine le régime général du recours pour excès de pouvoir.

¹⁵⁶³ Il s'agit de demandes incidentes émanant du défendeur à un litige qui ne se contente pas de résister à la prétention du requérant, mais demande au surplus au tribunal de prononcer une condamnation contre ce dernier.

¹⁵⁶⁴ L'arrêt de principe en la matière (C.E., 24/11/1967, *Noble*, p.443 ; *Dalloz* 1968, p.142, conclusions J. Baudouin) a été constamment confirmé par le Conseil d'État : voir notamment C.E., S., 7/12/1979, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ M. Delarue*, p.847, *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.549, note P. Landon ; et C.E., 15/01/1988, *Dame Lazard-Jeanson*, *Droit administratif* 1988, n°123.

¹⁵⁶⁵ Le Conseil d'État décide en effet que les demandes reconventionnelles sont incompatibles avec "la nature particulière du recours pour excès de pouvoir".

¹⁵⁶⁶ Conclusions précitées, p.145. Précisons que M. Baudouin distingue nettement cette hypothèse de la possibilité d'infliger une amende pour recours abusif (actuellement prévue par un décret du 20/01/1978), car, dans ce dernier cas de figure, un texte "a habilité le juge de l'excès de pouvoir à apprécier dans quelle mesure l'action du demandeur a revêtu un caractère fautif".

Paragraphe 2. Les manifestations de l'objectivité du recours

C'est parce qu'il joue un rôle social de première importance et qu'il est exercé au nom de la collectivité tout entière qu'on a aménagé le recours pour excès de pouvoir de façon à lui donner le plus d'ampleur possible : pour un but aussi impérieux que la défense du principe de légalité, il faut non seulement permettre une très large contestation, mais également conférer à la décision du juge une vigueur exceptionnelle.

I - Large admission de la contestation

La bienveillance du juge quant à l'admission du recours pour excès de pouvoir se vérifie tant en considération de l'objet de celui-ci qu'au regard de ses conditions de mise en œuvre.

A. Eu égard aux actes susceptibles d'être poursuivis

1 - Toute décision administrative est en principe susceptible de recours pour excès de pouvoir

Au travers d'un de ses plus célèbres arrêts, le Conseil d'État a estimé que le recours pour excès de pouvoir "est ouvert même sans texte contre tout acte administratif" dans la mesure où il "a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité"¹⁵⁶⁷. L'amplitude du champ d'action ainsi reconnu à cette voie de droit est conforme à la mission qui lui est attribuée, à savoir celle de sauvegarder "le principe le plus important peut-

¹⁵⁶⁷ C.E. Ass., 17/02/1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, p.110 ; *Revue du droit public* 1951, p.478, conclusions J. Delvolvé, note M. Waline.

Le Conseil constitutionnel s'est rallié implicitement à cette idée qui veut que toute décision administrative soit susceptible de recours pour excès de pouvoir puisque, lorsqu'il vérifie le statut d'un organisme administratif, il précise en général que les actes qu'il sera amené à prendre seront, "à l'instar de toute autorité administrative, soumis à un contrôle de légalité" (voir notamment C.C., 18/09/1986, *Liberté de communication*, Rec. p.141, 23^{ème} considérant).

être de notre droit public" aux dires de J. Delvolvé, et dont le juge administratif "a tendu à imposer le respect à toutes les autorités administratives, si haut placées qu'elles fussent et quel que fût leur caractère" car il "constitue la garantie essentielle des citoyens et de la cité"¹⁵⁶⁸. Il importait donc de lui soumettre, sinon la totalité de l'action administrative, du moins ce qui en représente l'essentiel : la décision exécutoire¹⁵⁶⁹. Et de fait le Conseil d'État, s'il est resté ferme sur son refus d'admettre le recours considéré à l'encontre des contrats¹⁵⁷⁰ ou des actes qui ne constituent pas de réelles décisions¹⁵⁷¹, s'est efforcé d'en permettre l'ouverture dès lors qu'il identifiait une telle mesure, se démarquant du critère organique si nécessaire¹⁵⁷² ou démasquant les faux-semblants là où ils se nichaient¹⁵⁷³. Il a parallèlement dégagé la théorie de la

¹⁵⁶⁸ Conclusions précitées, p.484.

Et, explicitant cette idée, voir notamment B. Kornprobst, *op. cit.* p.52 : "c'est parce qu'il s'agit d'une voie de droit ouverte au profit des administrés de façon à leur conférer un véritable pouvoir en contrepartie de leur soumission à la loi et à l'action des gouvernants, parce que ce pouvoir est de nature objective et préexiste à l'intervention de toute mesure prise à l'encontre des demandeurs, qu'il faut le considérer comme "ouvert sans texte", et même si l'intention du législateur semble être d'avoir voulu en supprimer la possibilité".

¹⁵⁶⁹ C'est-à-dire, pour paraphraser R. Chapus, des normes qui sont destinées, de par la volonté de leur auteur, à modifier l'ordonnancement juridique (par ajout, précision ou soustraction) ou inversement à le maintenir en l'état (ré édicition d'une norme préexistante ou rejet d'une demande).

Droit administratif général, t. I., n°555.

¹⁵⁷⁰ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

¹⁵⁷¹ A savoir essentiellement les mesures ayant pour objet de préparer les décisions, qu'il s'agisse d'instructions de service, d'avis, de recommandations, de propositions etc.

A leur égard, on peut en effet considérer avec Laferrière que "le demandeur au recours ne doit pas se plaindre de simples velléités de l'administration : il ne doit pas alléguer une menace plus ou moins réelle ... Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès de tendance fait à l'administration" " (*op. cit.*, t. II, p.427).

¹⁵⁷² On sait que le Conseil d'État s'est peu à peu affranchi du pur critère organique pour étendre son contrôle à des actes émanant de personnes privées, mais dont le rattachement à une mission de service public et les prérogatives qui lui avaient été conférées à cette fin permettaient une assimilation aux normes émanant d'autorités publiques.

Voir notamment C.E., S., 13/01/1961, Magnier, p.33 ; *Revue du droit public* 1961, p.155, conclusions Fournier ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1961, p.142, note C.P. ; *Droit social* 1961, p.335, note Teitgen ; et pour les développements ultérieurs de cette jurisprudence, R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I., n°594 s.

¹⁵⁷³ On pense en particulier à la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire opérée par l'arrêt d'Assemblée en date du 29/01/1954 Institution Notre-Dame du Kreisker, p.64 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1954, 2 bis, p.5, chron. F. Gazier et M. Long ; *Droit administratif* 1954, p.50, conclusion B. Tricot : si la première reste insusceptible de recours pour excès de pouvoir, la seconde, qui modifie bel et bien l'ordonnancement juridique, s'y trouve pour sa part soumise.

détachabilité pour s'autoriser à connaître de décisions dont le rattachement à une opération soumise au plein contentieux s'opposait précédemment au contrôle de l'excès de pouvoir¹⁵⁷⁴. Même la notion de mesure d'ordre intérieur, qui constituait pourtant un des derniers bastions de l'insoumission de l'acte administratif -réputé, à tort ou à raison, de peu d'importance- à la voie de droit étudiée, a été récemment vidée de l'essentiel de sa substance¹⁵⁷⁵.

Mais le nombre d'actes susceptibles d'être déférés n'est pas le seul symptôme de la place privilégiée qu'occupe le recours étudié ; il nous faut, dans la même optique, noter la détermination du juge à ne pas se laisser déposséder de cette faculté qu'il s'est arrogée.

2 - Opiniâtreté du juge pour s'autoriser à contrôler l'acte qui lui est soumis

Cette ténacité du juge de l'excès de pouvoir se manifeste à deux égards :

a) Entrave aux tentatives de soustraction de l'acte au contrôle de l'excès de pouvoir

Il arrive parfois que des volontés extérieures essayent de s'opposer à la soumission au contrôle de l'excès de pouvoir d'un acte qui y est en principe assujéti. Dans tous les cas, le juge a manifesté le désir de réduire, voire d'anéantir autant que faire se peut la portée de ces pratiques. On peut distinguer deux types de situations :

- Tantôt la volonté d'exempter un acte administratif du contrôle de l'excès de pouvoir émane du législateur. Tel était le cas dans l'arrêt *Dame Lamotte* que nous avons déjà présenté, affaire dans laquelle le Conseil d'État se heurtait à une disposition de loi du gouvernement de Vichy - curieusement demeurée applicable après la Libération- s'opposant, en matière de concessions de terres incultes ou abandonnées, à tout "recours administratif ou judiciaire". La Haute Assemblée décida alors d'interpréter la disposition en question comme n'incluant pas, en l'absence de précision expresse en ce sens, le recours pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence, qui

Sur ce problème, voir en particulier Y. Gaudemet, "Remarques à propos des circulaires administratives, in *Mélanges Stassinopoulos*, p.561.

¹⁵⁷⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

¹⁵⁷⁵ Voir *infra*, les arrêts Hardouin et Marie (Titre I).

consacre l'idée que cette voie de droit reste ouverte "même si tout autre recours a été écarté par le législateur"¹⁵⁷⁶, n'a cessé d'être confirmée depuis lors¹⁵⁷⁷. L'audace du juge administratif dont elle témoigne - puisque celui-ci se livre parfois par là, comme c'était le cas pour l'arrêt de principe (tant la volonté du législateur, dans le sens d'une exclusion de tout recours juridictionnel quel qu'il soit, ne faisait guère de doute), à une interprétation quasi *contra legem* - montre en quelle estime est tenu le recours pour excès de pouvoir en tant qu'arme au service du principe de légalité. Et cette protection initiale se trouve aujourd'hui renforcée par l'entrée sur la scène juridique de règles constitutionnelles et internationales qui semblent, dans leur domaine respectif, interdire au législateur d'exclure expressément le recours pour excès de pouvoir, prohibition qu'il n'était pas dans le pouvoir du Conseil d'État, juge des actes administratifs, d'édicter¹⁵⁷⁸.

- Tantôt c'est le requérant lui-même, plus ou moins "téléguidé" par l'administration, qui émet le vœu de ne pas poursuivre l'illégalité éventuelle d'une décision administrative qui le frappe. Le Conseil d'État se montre, ici encore, bien circonspect, et n'admettra cette attitude qu'avec parcimonie. Ainsi estime-t-il tout d'abord que le fait d'avoir donné son accord à une décision administrative ou de déclarer renoncer par avance à la contester ne s'oppose en rien à la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir ultérieur, dans la mesure où il ne qualifie pas cette attitude d'"acquiescement"¹⁵⁷⁹. Le commissaire du gouvernement P. Landon¹⁵⁸⁰ a

¹⁵⁷⁶ J. Delvolvé, conclusions précitées, p.486.

Voir également la formule particulièrement explicite de l'arrêt d'Assemblée du 17/04/1953, Falco et Vidailac, p.175 : "En l'absence de toute prescription édictant expressément une solution contraire, les dispositions précitées (...) ne sauraient avoir pour conséquence de priver -les intéressés- du recours pour excès de pouvoir qui leur est ouvert, en cette matière comme en toute autre, en vertu des principes généraux du droit". Ainsi en va-t-il en particulier lorsqu'une disposition de loi prévoit qu'une autorité administrative "statue souverainement", la formule employée étant trop générale pour faire obstacle à l'exercice du recours étudié.

¹⁵⁷⁷ Voir notamment : C.E., S., 16/12/1965, Epoux Deltel, p.592 ; *Dalloz* 1956, p.44, conclusions P. Laurent ; *Revue du droit public* 1956, p.150, note M. Waline ; C.E., S., 17/05/1957, Simmonet, p.314 ; *Sirey* 1957, p.351, conclusions C. Heumann ; *Dalloz* 1957, p.580, note B. Jeanneau ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1957, II, p.270, chron. J. Fournier et G. Braibant ; et C.E., 3/06/1959, Bellenand, p.335.

¹⁵⁷⁸ Voir respectivement la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au "droit au juge" (*infra* Titre II, Sous-titre II) ; et le principe général du droit communautaire consacré par l'arrêt Marguerite Johnston (arrêt précité), ainsi que les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui consacrent tous le droit au juge lorsque sont bafoués les principes protégés à leur échelle.

¹⁵⁷⁹ C.E., 13/02/1948, Louarn, p.79 ; et C.E., Ass., 19/11/1955, Andréani, p.551 ; *Droit administratif* 1956, p.25, conclusions P. Landron.

La solution est la même dans le cas où la décision a été prise à la demande du requérant : C.E., 20/02/1952, Cau, p.117 ; 13/10/1961, Dame Weitzdorfer, p.564.

parfaitement résumé la position du juge administratif sur ce point : "les droits auxquels on peut renoncer par acquiescement sont des droits d'ordre subjectif, attachés à la personne d'un individu, mais il serait impossible, contraire à l'ordre public, de renoncer à invoquer l'illégalité d'un acte administratif (...). C'est pourquoi le domaine normal de l'acquiescement devant le juge administratif est celui du recours de plein contentieux"¹⁵⁸¹. On retrouve la marque de semblables préoccupations dans le régime du désistement, c'est-à-dire (grossièrement) la faculté de renoncer à un recours pour excès de pouvoir que l'on a introduit¹⁵⁸² : si le juge tolère une telle attitude¹⁵⁸³, il considère en revanche que l'acceptation par l'administration de ce désistement n'engendre pas une situation contractuelle et n'empêche pas de ce fait le requérant de retirer celui-ci tant que la juridiction n'en a pas donné acte¹⁵⁸⁴. On peut encore une fois considérer, avec M. Kornprobst¹⁵⁸⁵, que cette solution est liée au caractère "d'ordre public" qui s'attache au recours pour excès de pouvoir, et qui conduit le juge à se montrer sévère eu égard à tous les procédés susceptibles d'entraver sa formation.

b) Neutralisation des circonstances extérieures semblant devoir soustraire l'acte au contrôle de l'excès de pouvoir

Le juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, est parfois confronté à certains événements dont on pourrait penser qu'ils sont de nature à susciter le prononcé d'un non-lieu à statuer. Mais dans la mesure où il lui incombe de sanctionner impérativement l'illégalité de l'action administrative soumise à son examen, la juridiction concernée fera fi de la nouvelle conjoncture et mènera à bien le procès engagé. Quelques exemples divers attestent de cette pugnacité à aller jusqu'au bout du contrôle de légalité lorsqu'il a été entrepris. Ainsi,

¹⁵⁸⁰ Conclusions précitées, p.28 : en l'espèce, et en application du principe dégagé, le requérant est donc admis à contester le statut contesté alors que, en qualité de délégué syndical, il avait signé une déclaration exprimant son accord complet sur le projet gouvernemental.

¹⁵⁸¹ Pour un exemple de renonciation à poursuivre la reconnaissance d'un droit subjectif, voir C.E., S., 9/05/1952, Houillères du bassin de Lorraine, p.238.

¹⁵⁸² Pour plus de précisions sur cette notion, voir A. Heurté, "Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Actualité juridique, Droit administratif* 1959, I, p.81.

¹⁵⁸³ C.E., 4/11/1955, Cancre, p.777 ; et pour plus de détails sur ce point, Cf. C. Blumann, *La renonciation en droit administratif*, Paris, 1975, pp.131 s..

¹⁵⁸⁴ C.E., Ass., 21/04/1944, Société Dockès frères, p.120 ; 19/04/1950, de Villèle, p.214 ; et 19/11/1958, Butori, p.565 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, II, p.450, conclusions A. Bernard.

Cette situation se distingue une fois encore des contentieux subjectifs dans lesquels le demandeur ne peut plus rétracter son désistement dès lors que son adversaire l'a accepté.

¹⁵⁸⁵ *Op. cit.*, p. 58.

puisqu'il s'agit d'examiner la régularité d'un acte et non d'en sanctionner l'auteur, persistera le lien juridique d'instance en dépit de la disparition de l'organisme dont émanait la décision litigieuse¹⁵⁸⁶. Dans le même sens, on peut noter que le Conseil d'État n'estime pas que l'appel contre un jugement de première instance annulant une décision administrative à durée limitée devient sans objet du simple fait que cette dernière a été ultérieurement reconduite par des mesures juridiquement distinctes. Cette solution a été notamment adoptée par l'arrêt *Société Les mines des potasses d'Alsace*¹⁵⁸⁷ : avaient été annulés par jugement du tribunal administratif de Strasbourg un certain nombre d'arrêtés autorisant le rejet de résidus industriels dans les eaux du Rhin. Postérieurement à la décision des premiers juges, le préfet avait pris un nouvel arrêté qui prenait le relais des précédents. Comme le montre M. Dandelot¹⁵⁸⁸, nous nous trouvons ici dans un contentieux d'excès de pouvoir (les arrêtés ayant été pris dans le cadre d'une législation spécifique sur la pollution des eaux, et n'obéissant pas à celle des installations classées dont le contentieux est soumis au juge de pleine juridiction) : aussi, bien que les textes en cause n'existent officiellement plus dans l'ordonnement juridique -puisque remplacés par une décision nouvelle-, le Conseil d'État n'en conserve pas moins le devoir d'examiner la décision des premiers juges pour déterminer, en dernier ressort, si ces mesures étaient ou non entachées d'illégalité¹⁵⁸⁹.

Le juge met ainsi à l'épreuve de la légalité le plus grand nombre de décisions administratives possible, et n'admet qu'à contrecœur que celles-ci puissent échapper à son contrôle. Dans le même ordre d'idée, il s'est avéré nécessaire de faciliter, autant que faire se peut, l'engagement du recours pour excès de pouvoir.

¹⁵⁸⁶ C.E., 26/05/1948, Jobit, p. 662.

¹⁵⁸⁷ C.E., S., 18/04/1986, p.115 ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.479, conclusions M. Dandelot ; et p. 493, note D. Ruzié.

¹⁵⁸⁸ Conclusions précitées, p.481.

¹⁵⁸⁹ On peut rapprocher cette jurisprudence de celle qui veut que l'acte abrogé puisse, à l'inverse de l'acte annulé ou retiré, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, puisqu'il a produit certains effets et appartenu, à un moment donné, au droit positif ; il devait à ce titre se conformer au principe de légalité, sans quoi il pourra subir la censure du Conseil d'État (C.E., 13/11/1964, *Ministre de l'Intérieur c/ Livet* ; 16/10/1987, *Genessaux* (arrêt précités)).

B. Eu égard aux conditions d'engagement du recours

Qu'il satisfasse à une nécessité aussi aiguë que la régularité de l'action administrative explique pourquoi le recours pour excès de pouvoir est d'accès facile. Cette affirmation se vérifie s'agissant à la fois du nombre de personnes admises à l'intenter, et de l'aisance avec laquelle celles-ci peuvent former leur demande.

1 - Le grand nombre de requérants potentiels

A. de Laubadère, se plaçant dans la lignée des auteurs qui opposent classiquement deux natures de questions qui peuvent être soumises au juge, estime normal "que le recours soit beaucoup plus largement ouvert dans le contentieux objectif que dans le contentieux subjectif dont l'accès est logiquement limité au titulaire de la situation juridique subjective"¹⁵⁹⁰. Pour une voie de droit qui présente en effet le caractère d'"utilité publique"¹⁵⁹¹ que nous avons déjà mis en lumière, il paraît en effet souhaitable d'admettre le plus grand nombre possible de requérants au prétoire. Bien évidemment, il ne saurait être question d'une complète *actio popularis* ouverte à tout un chacun en qualité de citoyen, sous peine d'engorger à l'excès, voire d'étrangler définitivement la juridiction administrative, dont les capacités de fonctionnement sont - on ne le sait que trop - limitées, dans la mesure où "la malice, la passion politique en viendraient à soumettre au juge tous les actes de l'administration"¹⁵⁹². Et, de fait, le Conseil d'État ne permet pas qu'une telle démarche puisse être fondée sur le seul intérêt de la légalité¹⁵⁹³, ou exercé en simple qualité de citoyen¹⁵⁹⁴ ou de contribuable de l'État¹⁵⁹⁵. Il n'empêche que, depuis longtemps, le juge administratif fait montre d'une conception particulièrement extensive de l'intérêt à agir dans le cadre du recours pour excès de pouvoir : le fait d'appartenir à une large catégorie de citoyens sensibilisée à la décision en cause suffit souvent à faire pencher la balance

¹⁵⁹⁰ *Op. cit.*, n°1085.

¹⁵⁹¹ Pour reprendre l'expression de R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°164.

¹⁵⁹² G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p.757.

¹⁵⁹³ C.E., 17/01/1951, Morin, p.800.

¹⁵⁹⁴ C.E., 11/02/1949, Faveret, p.74.

¹⁵⁹⁵ C.E., 9/02/1955, Société "La belle gaule", p.77.

du côté de la recevabilité¹⁵⁹⁶, et ce libéralisme s'inspire assurément de la mission assignée à cette voie de droit¹⁵⁹⁷, tout comme celui qui caractérise les conditions d'engagement du recours *stricto sensu*.

2 - Les facilités d'accès au prétoire

Très tôt, l'on a voulu empêcher que des raisons financières ne dissuadent les administrés d'exercer un recours pour excès de pouvoir¹⁵⁹⁸ : ainsi, l'article premier du décret du 2/11/1864 a-t-il, par exception¹⁵⁹⁹, dispensé le requérant contestant la légalité d'une décision administrative de l'obligation de se faire représenter par un avocat, solution reprise par l'article 45 de l'ordonnance du 31/07/1945. Cette mesure est assurément liée au caractère objectif de la question posée au juge, puisque le Conseil d'État la fait partager à d'autres voies contentieuses dédiées à la détermination de la régularité d'un acte administratif¹⁶⁰⁰. Cela a bien sûr pour effet de rendre la rédaction des requêtes souvent plus imprécise que si elle avait été assurée par un

¹⁵⁹⁶ Ainsi le contribuable d'une collectivité publique (hors l'État) peut-il en principe, depuis l'arrêt Casanova (C.E., 29/03/1901, p.333 ; *Sirey* 1901, 3, p.73, note Hauriou), attaquer à ce seul titre les décisions ayant des répercussions sur les finances ou le patrimoine de cette collectivité ; de même, la jurisprudence "Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli" (C.E., 21/12/1906, p.962, conclusions Romieu ; *Sirey* 1907.3, p.33, note Hauriou) a reconnu que la qualité d'usager du service public conférait un intérêt à attaquer en excès de pouvoir tout acte concernant le service, qu'il se rapporte à son organisation ou à son fonctionnement.

¹⁵⁹⁷ Voir en particulier E. Thomas, *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris 2, 1972.

¹⁵⁹⁸ Notons cependant que le recours étudié ne se distingue pas des autres actions en justice pour ce qui est du droit de timbre. On sait que la loi du 30/12/1977 avait instauré la gratuité des actes de justice. Or, un amendement au projet de loi de finances pour 1993 a institué un droit de timbre de 150 francs par requête enregistrée auprès des juridictions administratives, droit qui devra être acquitté quelle que soit la nature du recours intenté. Pour une critique fondamentale de cette mesure et des propositions concrètes tendant à remettre en cause efficacement le principe de gratuité, lire J.-M. W., "Le rétablissement du droit de timbre dans le contentieux administratif : une réforme ratée ?", *Les petites affiches*, 15/12/1993, n°150, p.15.

¹⁵⁹⁹ Le principe veut en effet qu'un recours n'est recevable que s'il est exercé par le ministère d'un avocat assurant la représentation du requérant. Voir notamment M. Doucelin, *Le ministère de l'avocat devant la juridiction administrative*, Thèse Paris 1, 1980.

¹⁶⁰⁰ - Pour le recours en appréciation de légalité, voir C.E., 16/03/1923, Abbé Gauthier, *Sirey* 1924.3, p.41, note Hauriou ; et plus récemment 6/10/1971, Doublet, p.580.

- Pour le recours en déclaration d'inexistence, C.E., 8/05/1968, Thorel, p.285.

professionnel, mais la jurisprudence administrative se révèle bien peu sévère eu égard à l'introduction de la requête, dont le contenu peut se résumer à un exposé succinct des faits litigieux, et à une simple indication des moyens invoqués¹⁶⁰¹.

L'ampleur et la facilité des contestations d'actes administratifs devant le juge de l'excès de pouvoir se révéleraient de peu d'utilité si les conséquences attachées au succès de ce recours ne satisfaisaient pas, à leur tour, à la mission d'assainissement de l'ordre juridique qui lui est assignée. Fort heureusement, les effets dévolus à l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative reconnue illégale se montrent à la hauteur des ambitions affichées.

II - Larges incidences de l'annulation

A. On ne va pas insister longuement sur ce point ici, tant le contenu du Titre préliminaire de notre première Partie peut alimenter en illustrations diverses cette force reconnue aux arrêts d'annulation. Le moment est toutefois venu de souligner le lien entre l'effet absolu de ces jugements et la conception qui fait du recours pour excès de pouvoir un moyen de défense de la légalité : si l'on a conféré une portée telle à l'annulation, ce n'est pas, comme l'avaient soutenu certains auteurs¹⁶⁰², par simple réminiscence du temps ou la voie de droit étudiée s'assimilait à un recours hiérarchique¹⁶⁰³, son résultat possédant alors naturellement la même ampleur que l'acte administratif qu'il réformait ; c'est plutôt parce que, rétablissant la légalité de l'action administrative dans l'intérêt de toutes les composantes de la société, l'annulation doit être respectée par chacune d'entre elles, et pouvoir, le cas échéant, leur profiter¹⁶⁰⁴. Ainsi, nous avons vu que l'ensemble des autorités administratives et juridictionnelles avaient, au même titre que l'ordonnement juridique en général, l'obligation de se plier à la censure prononcée par le juge de l'excès de pouvoir.

¹⁶⁰¹ Sur ce dernier point, voir notamment les conclusions B. Genevois sur C.E., S., 25/02/1985, Mersad, *Revue française de droit administratif* 1985, p.420 : le requérant, qui avait présenté son recours sans le ministère d'un avocat, est censé avoir critiqué la légalité interne de l'arrêté d'expulsion dont il a fait l'objet par le seul fait que, présentant sa situation, il a mis en exergue qu'il était marié avec une Française et a contesté le nombre et la gravité des infractions qu'il aurait commises.

¹⁶⁰² Et en premier lieu Laferrière (*op. cit.*, t. II, p.574).

¹⁶⁰³ Pour une synthèse de cette conception initiale du recours pour excès de pouvoir, Cf. B. Kornprobst, *op. cit.*, p.72 s.

¹⁶⁰⁴ On sait déjà que toute personne ne peut se prévaloir de l'annulation d'un acte administratif.

B. Mais la liaison entre le caractère d'ordre public reconnu à la voie de droit qui nous préoccupe et les effets absolus s'attachant à son aboutissement transparaitent de façon encore plus éclatante dans l'idée que l'annulation s'impose au requérant lui-même : l'administré qui intente un recours pour excès de pouvoir se présente, nous l'avons déjà souligné, comme un gardien du principe de légalité pris en tant qu'idéal théorique -dont la bonne application suppose la disparition de tout acte vicié de l'ordonnancement juridique-, agissant non pour sauvegarder ses propres intérêts, mais au nom de la société tout entière. On conçoit dès lors qu'il ne puisse, en cas de succès, renoncer ultérieurement à se prévaloir de cette annulation. La jurisprudence considère en conséquence que pareille renonciation est privée de tout effet juridique¹⁶⁰⁵, contrairement à ce que l'on enregistre en plein contentieux où ce procédé est classiquement admis et devient opposable à son auteur¹⁶⁰⁶. Un administré qui a obtenu l'annulation par un tribunal administratif d'un acte lui faisant grief ne peut donc plus reculer, devant la juridiction d'appel, au cours de l'instance provoquée par l'administration défenderesse¹⁶⁰⁷. En outre, et ce détail montre, plus que tout autre, que l'administré n'actionne pas le juge pour excès de pouvoir en son nom propre, le requérant ne peut demander au juge que soient tirées de l'annulation les seules conséquences qui lui bénéficient, et renoncer à celles qu'elle engendre au détriment d'autres administrés. Prenons l'exemple de l'arrêt *Dame Toledano-Abitbol*¹⁶⁰⁸ : une liste d'aptitude aux fonctions de maître de conférences pour la section de droit privé avait été annulée par le juge administratif. Le Conseil d'État va ici considérer que l'administration est tenue de réviser toutes les nominations auxquelles la liste a servi de fondement, alors même qu'elles n'ont fait l'objet d'aucun recours contentieux spécifique. Cela n'entraîne sans doute pas dans les calculs de la requérante qui avait obtenu l'annulation de la liste, puisqu'elle déclara renoncer à ce que soient tirées toutes les conséquences de la décision juridictionnelle rendue en sa faveur. Le Conseil d'État ne va pas lui permettre d'adopter une telle attitude ; il décide qu'elle ne peut utilement renoncer à l'annulation des nominations induite par celle de la liste, pas plus que l'on ne peut renoncer au bénéfice direct d'une annulation qu'on a obtenue¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁵ C.E., S., 13/07/1967, *Ministre de l'Éducation Nationale c/ École privée de filles de Pradelles*, p.339 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.344, note O. Dupeyroux ; *Dalloz* 1968, p.431, note M. Voisset ; *Revue du droit public* 1968, p.187, conclusions M. Bernard ; C.E., 2/02/1972, *Dame Minuit-Baladut de Saint-Jean*, p.106 ; *Revue du droit public* 1972, p.1531, note M. Waline ; et pour un arrêt plus récent, Cf. C.E., 27/09/1989, *Ville de Vallauris*, p.881.

¹⁶⁰⁶ Cf. C.E., 12/06/1981, *Mme Martin Boyer*, *Revue du droit public* 1982, p.239 : ici, la partie qui a obtenu satisfaction en première instance déclare renoncer au bénéfice de la chose jugée ; l'appel formé par la partie adverse devient donc sans objet, le jugement de premier ressort n'étant plus susceptible d'exécution.

¹⁶⁰⁷ C.E., 3/06/1988, *Mme Lafragette* : est sans effet la lettre d'un requérant victorieux en première instance précisant qu'il a décidé d'"abandonner toute procédure".

¹⁶⁰⁸ C.E., 25/05/1979, p. 228 ; *Dalloz* 1979, I.R., p.384, obs. P. Delvolvé (arrêt précité).

¹⁶⁰⁹ Cela démontre par ailleurs, s'il en était besoin, que la chute des actes-conséquences de l'annulation possède la même force que l'annulation directe d'une décision.

La théorie classique insiste donc sur le fait que l'annulation répond au souci objectif de corriger toute incartade de l'administration hors de la ligne de conduite que lui fixe le principe de légalité, et explique pourquoi le recours pour excès de pouvoir est si largement ouvert, et d'une portée si radicale. D'un autre côté, elle suppose également que le juge soit animé du seul souci de répondre à la question objective qui lui est posée, sans jamais avoir à prendre en compte aucune donnée subjective susceptible de l'amener à moduler la décision que cet examen induit.

SECTION 2. RETABLIR LA LEGALITE CONSTITUE LE SEUL SOUCI DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR

Le juge de l'excès de pouvoir n'a théoriquement qu'à s'attacher à déterminer si la décision qui lui a été déférée est régulière ou irrégulière. Et lorsque le contrôle de l'acte litigieux fait apparaître une violation de la règle de droit, il se doit de l'annuler, sans que rien ne vienne parasiter son analyse, ni de prétendus droits qu'aurait engendrés la mesure en cause, ni son bien-fondé intrinsèque. Cette imperméabilité aux circonstances qui entourent l'acte querellé se manifeste aussi bien au regard de la situation des acteurs directs au litige qu'à l'endroit des tiers à celui-ci.

Paragraphe 1. Détachement du juge quant aux répercussions de l'annulation sur les acteurs au litige

Le juge de l'excès de pouvoir ne saurait se préoccuper des conséquences que l'annulation pourra produire sur la situation juridique du requérant, dans la mesure où la défense de son intérêt subjectif n'est pas censé constituer, on l'a vu, l'objet principal de la démarche de ce dernier ; les raisons d'opportunité que l'administration peut mettre en avant pour tenter de sauver son acte en dépit de l'irrégularité qui l'entache ne devront pas plus être prises en compte.

I - Quant aux retombées de l'annulation sur la situation du requérant

A. L'imperméabilité à la situation du requérant qui caractérise l'action du juge de l'excès de pouvoir s'inscrit inévitablement dans la lignée de la vision traditionnelle qui postule que le recours est formé pour la défense du principe de légalité, et non en vue de protéger une situation individuelle. On peut bien évidemment dénoncer le caractère extrêmement artificiel de cette perception : celui qui poursuit l'annulation d'une décision administrative vise, le plus souvent, une amélioration de sa position personnelle -à laquelle l'acte contesté portait ou était susceptible de porter atteinte-, et ne se soucie qu'accessoirement -si tant est qu'il s'en préoccupe- de la défense de la légalité de l'action administrative¹⁶¹⁰. Cela, la doctrine l'a vite senti, qui a corrigé l'idéalisme outrancier de la vision initiale faisant du requérant le porte-parole de la société, en introduisant l'idée de "recours personnalisé"¹⁶¹¹. Et de fait, l'annulation produit souvent des effets bénéfiques à l'égard de l'administré qui l'a obtenue : pour s'en tenir à un exemple classique, le fonctionnaire qui a attaqué l'acte le révoquant jouira, en cas de succès, d'une réintégration et d'une reconstitution de carrière corrélative¹⁶¹².

B. Mais cette réalité contentieuse ne heurte pas de front l'idée que le juge de l'excès de pouvoir n'a pas à se préoccuper de la situation de l'administré qui se trouve à l'origine du litige. Comme le souligne R. Chapus, quand une annulation est prononcée, "si l'intérêt personnel du requérant s'en trouve satisfait, ce sera par surcroît"¹⁶¹³. Ce qui motive le jugement rendu n'est pas ici, en premier lieu, le désir de contenter le justiciable à qui l'acte fait grief mais bien d'effacer l'irrégularité dénoncée, et en cela, prononcer la disparition rétroactive de l'acte épuise l'office du juge de l'excès de pouvoir : le requérant n'en tirera bénéfice que dans la mesure où la situation objective qui résultait de l'édiction de l'acte illégal perturbait sa situation subjective propre (pour reprendre notre exemple, par l'extinction de sa qualité de fonctionnaire), et où la disparition de la norme illégale induit la fin de ce bouleversement.

¹⁶¹⁰ On aura l'occasion de s'appesantir sur ce point dans le cadre des développements du Titre I.

¹⁶¹¹ Voir notamment P. Weil, *op. cit.* p.22 : "le particulier qui intente un recours contre un acte de l'administration a en vue moins la protection de la légalité abstraite que celle de ses propres intérêts. A une conception un peu froide et rigide qui ne voit dans le recours pour excès de pouvoir qu'un instrument de légalité (...), il faut ajouter une vue plus concrète et plus humaine du recours".

¹⁶¹² Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

¹⁶¹³ *Droit du contentieux administratif*, n°157.

La situation du requérant n'est donc pas censée entrer en ligne de compte dans l'analyse à laquelle procède le juge de l'annulation ; il en va de même des arguments que pourrait avancer l'administration pour tenter de couvrir l'irrégularité de sa décision.

II - Quant aux retombées de l'annulation sur l'action administrative

La fonction d'assainissement de l'ordre juridique qu'on assigne à la voie de droit étudiée semble imposer au juge de se placer sur un terrain strictement juridique pour apprécier la légalité de l'acte qui lui est soumis, et faire abstraction de toute considération d'opportunité. L'administration, en réponse à l'argumentation du requérant, ne peut donc faire valoir qu'il y a tout intérêt à préserver l'acte illégal dans l'ordonnancement juridique. Cela se traduit de deux manières :

A. L'administration ne saurait gommer l'irrégularité de l'acte en arguant de son à-propos

Le juge de l'excès de pouvoir est juge de la légalité des actes administratifs, et non de leur opportunité¹⁶¹⁴ : si l'examen auquel il se livre révèle une violation de la règle de droit, il se doit d'annuler la mesure contestée. L'autorité administrative est certes le plus souvent tentée de "défendre son acte, comme un particulier défendrait ses droits"¹⁶¹⁵. Mais, ce faisant, elle ne peut mettre en avant l'utilité de sa décision afin de couvrir l'irrégularité qui l'entache¹⁶¹⁶, pas plus que

¹⁶¹⁴ Voir en ce sens la formule de principe employée dès 1916 et qui demeure d'actualité : "... le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir" (C.E., 14/01/1916, Camino, p.15 ; *Revue du droit public* 1917, p.463, conclusions Corneille, note Jèze).

¹⁶¹⁵ B. Kornprobst, *op. cit.*, p.91.

¹⁶¹⁶ Il ne faut pas confondre cette impossibilité avec les techniques d'évaluation de l'illégalité d'une décision administrative qui font justement jouer des considérations d'opportunité. On pense notamment à

l'administré qui l'attaque ne peut fonder son recours sur une question d'opportunité, laquelle n'est pas de nature à être discutée par la voie contentieuse¹⁶¹⁷. Si l'administration croit devoir reprendre l'acte censuré, elle sera tenue, après correction de l'illégalité censurée, d'édicter une nouvelle mesure de portée semblable, à condition de ne pas heurter la chose jugée par l'arrêt d'annulation¹⁶¹⁸.

B. L'administration ne saurait faire échec à l'annulation en mettant en avant les perturbations que celle-ci peut causer

Le deuxième type d'arguments que pourrait faire valoir l'administration pour conduire le juge de l'excès de pouvoir à se montrer circonspect dans la sanction de l'illégalité qu'il décide, consiste à insister sur les difficultés d'exécution que le prononcé d'une annulation risque d'entraîner, et sur les dérangements induits dans le bon fonctionnement des services publics - notamment en matière de reconstitution de carrière. Mais on a vu que de telles considérations ne sont pas de nature à influencer quelque peu que ce soit la décision du juge administratif, qui annulera coûte que coûte la décision irrégulière, quitte ensuite, dans les cas extrêmes, à voir le législateur remédier aux conséquences les plus fâcheuses de ce jugement¹⁶¹⁹.

la théorie du bilan, employée principalement en matière d'expropriation depuis l'arrêt "Ville nouvelle Est" (C.E., Ass., 28/05/1971, p.409, conclusions Braibant), et qui consiste à déterminer l'utilité publique d'un projet en comparant les avantages et les inconvénients que celui-ci comporte. Dans un tel cas, il s'agit pour le juge d'apprécier si l'acte est réellement légal, ce qui sera le cas si les atouts du projet l'emportent sur les désagréments qu'il engendrera, puisque cela conditionne désormais son utilité publique ; il n'est aucunement question de compenser une irrégularité quelconque par la prise en compte de l'opportunité d'un acte.

¹⁶¹⁷ Ainsi ne sauraient être discutés les appréciations purement discrétionnaires auxquelles se livre l'administration, telles par exemple :

- le choix d'un chef-lieu d'arrondissement (C.E., S., 18/10/1968, Ville de Sceaux, p.496 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.24, chron. MM. Dewost et Denoix de Saint-Marc) ou le transfert d'un chef-lieu de Département (C.E., Ass., 26/11/1976, Soldani et autres, p. 507, conclusions D. Latournerie ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1977, p.33, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; *La semaine juridique* 1978, II, n°18959, note L. Balmond et Y. Luchaire).

- l'abstention du gouvernement de prendre l'initiative de modifier les limites d'une Région (C.E., 9/11/1984, Association Bretagne-Europe, p.354 ; *La semaine juridique* 1985, n°20501, note C.S.).

¹⁶¹⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

¹⁶¹⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I, le problème des validations législatives. On sait également que l'administration ne peut s'exonérer de l'obligation d'exécuter la chose jugée en arguant des difficultés que ne manquera pas d'engendrer la traduction dans les faits du jugement d'annulation.

Le juge de l'excès de pouvoir se contente donc théoriquement de confronter l'acte qui lui est déféré avec les sources de la légalité, et, en cas de distorsion, il l'annulera sans aucun scrupule : il ne doit en effet ni prendre en compte, comme on vient de le souligner, les considérations d'opportunité que l'auteur de la mesure irrégulière pourrait soulever, ni la situation des tiers à l'acte dans la mesure où celle-ci n'est pas, par définition, juridiquement protégée.

Paragraphe 2. Indifférence du juge quant aux répercussions de l'annulation sur les tiers

Les tiers ne peuvent prétendre opposer aucun droit à la disparition de l'acte reconnu vicié, car, par principe, ce dernier n'a pu en engendrer. Si cette affirmation semble en contradiction totale avec la jurisprudence traditionnelle qui admet la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, un examen attentif de cette dernière nous permettra de constater qu'il n'en est rien.

I - Le principe : aucun droit n'a pu naître sur la base de l'acte annulé

C'est sans ambages que le Conseil d'État a posé le principe selon lequel "aucun droit n'a pu naître d'actes annulés"¹⁶²⁰. Cette affirmation semble s'accorder naturellement avec le postulat qui veut que ces derniers soient censés n'être jamais intervenus : ayant, par définition, été attaqués avant d'avoir acquis un caractère définitif -sans quoi le litige ne se serait pas soldé par une annulation mais par l'irrecevabilité de la requête-, les actes litigieux, s'ils ont entraîné certains effets, n'ont pu en revanche créer de véritables droits au profit de tiers, droits qui pourraient résister à la "déferlante" rétroactive qui suivra le jugement. Tout ce qui avait pu commencer à naître sur la base de l'acte provisoirement applicable en vertu du principe de l'effet non suspensif des recours est condamné à disparaître, faute de définitivité, dans le sillage de la décision annulée. Le juge de l'excès de pouvoir, lorsqu'il sanctionne une illégalité, n'a donc pas en principe à se soucier de la situation des tiers à celle-ci, puisqu'ils ne sauraient être titulaires d'aucun droit de nature à faire obstacle à l'annulation prononcée. Cela se confirme d'ailleurs par l'exclusion de la procédure d'*appel en déclaration de jugement commun* en

¹⁶²⁰ C.E., 10/12/1954, Cru et autres, précité.

matière d'excès de pouvoir¹⁶²¹, puisque cette procédure n'est ouverte qu'à l'égard de toute personne aux droits de laquelle le jugement à rendre pourrait préjudicier¹⁶²².

II - Un principe compatible, en dépit des apparences, avec la jurisprudence accueillant la tierce opposition

Après quelques hésitations à la fin du siècle dernier¹⁶²³, le Conseil d'État a ouvert aux tiers¹⁶²⁴, dès 1912, la voie de la tierce opposition à l'encontre des décisions d'annulation¹⁶²⁵. Bien que cette voie de droit ait pour fondement le souci de sauvegarder de prétendus droits de tiers mis à mal par le jugement considéré, sa permission en matière d'annulation ne heurte pas vraiment le principe dont on vient de tracer les contours.

A. Ce qui pouvait passer pour incompatible

¹⁶²¹ C.E., 25/05/1970, Société de construction "La Favière", p.352.

¹⁶²² C.E., S., 17/11/1967, Confortini et Piazza, p.427 ; *Revue du droit public* 1968, p.641, note M. Waline.

¹⁶²³ Après avoir déclaré recevable une requête en tierce opposition en matière d'excès de pouvoir au travers de l'arrêt Ville de Cannes (C.E., 28/04/1882, p.387), la Haute juridiction avait en effet fermé cette voie par sa décision du 8/12/1899 Ville d'Avignon (rec. p.719, conclusions Jagerschmidt ; *Sirey* 1900.3, p.73, note Hauriou précitée).

¹⁶²⁴ Il s'agit ici de personnes qui n'ont été ni mises en cause, ni représentées dans l'instance (C.E., Ass., 21/01/1938, Cie des chemins de fer P.L.M., p.70, conclusions Josse).

¹⁶²⁵ C.E., 29/11/1912, Boussuge et autres, p.1128 ; *Sirey* 1914.3, p.33, conclusions L. Blum, note M. Hauriou ; *Revue du droit public* 1913, p.331, conclusions Blum, note Jèze.

Cette voie de recours, qui existait déjà dans le cadre du recours de pleine juridiction, est empruntée à la procédure civile. Pour plus de précisions sur ce point, Cf. P. Dubouchet, "La tierce opposition en droit administratif. Contribution à une théorie normative de l'institution", *Revue du droit public* 1990, pp.709 s., et plus particulièrement p.711.

Elle est aujourd'hui rangée par le Conseil d'État au nombre des "règles générales de procédure dont l'application ne peut être écartée que par une disposition législative expresse" (C.E., 3/11/1972, Dame de Talleyrand-Périgord, p.707).

L'admission de la tierce opposition dans le contentieux de l'excès de pouvoir avait provoqué un émoi certain dans la doctrine administrativiste du début du siècle. Le point le plus sensible se situait dans l'inconciliabilité dénoncée entre ce procédé et l'effet absolu de chose jugée qu'on prête aux arrêts d'annulation, en vertu duquel ceux-ci sont réputés imposer le rétablissement de la légalité à tous les citoyens. Il est intéressant de noter la parenté existant entre cette soumission des tiers à la décision du juge administratif et le principe sus-rappelé qui veut qu'aucun droit n'ait pu naître de l'acte annulé : c'est précisément parce que lesdits tiers n'ont, sur le plan juridique, rien à opposer à l'annulation de l'acte illégal, qu'ils doivent s'y plier. Or, voici que par l'arrêt Boussuge, le Conseil d'État leur ouvre la voie de la tierce opposition à un jugement d'annulation, dès lors que celui-ci, en prononçant la censure de l'acte illégal, les a "personnellement privés d'un droit". Cette exigence de "droit" violé, empruntée à la terminologie l'article 474 du code de procédure civile de l'époque et qui a perduré jusqu'à nos jours¹⁶²⁶, paraît difficile, sinon impossible à concilier avec le principe qui dénie toute possibilité de création de droit, au profit de tiers, sur la base d'un acte censuré pour excès de pouvoir. Mais ce n'est qu'illusion, due à un abus de langage.

B. L'irréalité de l'antinomie

On est loin, aujourd'hui, de l'époque où l'admission de la tierce opposition dans le domaine de l'excès de pouvoir passait pour une "inadvertance de la Haute juridiction"¹⁶²⁷. La jurisprudence s'est en effet enrichie de nombreuses décisions qui permettent d'obtenir la clé du problème, et de mettre à bas, par là même, toutes les objections théoriques qui avaient fleuri à la suite des arrêts précurseurs.

1 - Les tiers ne font pas valoir de véritables droits

Originellement, la jurisprudence du Conseil d'État adoptait une terminologie différente, puisque la décision *Ville de Cannes* permettait la tierce opposition dès lors que l'annulation lésait un simple "intérêt". Cette permissivité devait être fortement critiquée par Laferrière, dans la mesure où, si elle se confirmait, "il n'y aurait presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pût être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a

¹⁶²⁶ Pour deux arrêts relativement récents, voir C.E., 10/05/1985, Bayle, p.749 ; *Le Quotidien juridique*, 10/03/1988, p.4, note H. Moussa ; et 4/11/1987, Jérôme, p.344.

¹⁶²⁷ Duguit, *op. cit.*, Tome II, p. 497.

presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé¹⁶²⁸. C'est pourquoi le Conseil d'État, nous l'avons dit, a privilégié en 1912 la condition de préjudice à un droit que préférait Laferrière à celle d'intérêt lésé. Cependant, de nombreux indices laissent à penser qu'il s'agit là d'une exigence "toute verbale"¹⁶²⁹.

a) Les tiers admis à former une tierce opposition justifient d'un simple intérêt au maintien de la décision

* Il apparaît, au vu de la jurisprudence admettant la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, que celle-ci n'entend pas exiger du tiers concerné qu'il soit titulaire d'un "droit" au vrai sens du terme : cela a été parfaitement mis en lumière par M. Waline dans sa note sous l'arrêt *Veuve Béry*¹⁶³⁰. Par cette décision, le Conseil d'État avait permis la formation d'une tierce opposition par une personne à qui avait été confié un pupille de l'État, à l'encontre du jugement qui avait annulé, sur demande de la mère de l'enfant en cause, la décision d'immatriculation de celui-ci. Un problème se posait dans la mesure où, à la différence des parents adoptifs, les parents "nourriciers" (comme c'était le cas en l'espèce) n'avaient aucun lien de droit avec l'enfant, et ne bénéficiaient notamment pas d'un droit à l'adopter ultérieurement, puisque l'administration pouvait discrétionnairement leur en retirer la garde. La Haute juridiction n'en considéra pas moins la requête recevable, identifiant la présence d'un droit à conserver la garde de l'enfant en vue d'une adoption future que démentaient pourtant les règles gouvernant la matière. M. Waline en conclut donc que "le Conseil d'État a donné au mot "droit" un sens qui n'est pas celui dans lequel on l'entend lorsqu'on parle d'un droit acquis ou même d'un droit subjectif"¹⁶³¹. Cette assertion est corroborée par d'autres solutions retenues en la matière : ainsi le juge administratif a-t-il permis à une commune de se prévaloir d'un préjudice à l'un de ses "droits" causé par l'annulation d'une déclaration d'utilité publique dont elle bénéficiait¹⁶³², alors qu'un tel document appartient, sans l'ombre d'un doute, à la catégorie des décisions non réglementaires non créatrices de droits¹⁶³³.

¹⁶²⁸ *Op. cit.*, Tome II, p. 566.

¹⁶²⁹ Selon l'expression d'A. Heurté, "La tierce opposition en droit administratif, *Dalloz* 1955, chron. p.70.

¹⁶³⁰ C.E., 29/10/1965, p.565 ; *Revue du droit public* 1966, p.151, note Waline ; *Dalloz* 1966, p.105, conclusions Rigaud).

¹⁶³¹ Note précitée, p.157.

¹⁶³² C.E., 7/12/1983, Commune de Lautebourg, p.491 ; *Dalloz* 1984, p.583, note R. Hostiou ; *Dalloz* 1984, I.R., obs. P. Bon ; *La Revue administrative* 1984, p.154, note B. Pacteau.

¹⁶³³ Voir *infra*, Titre I, Sous-titre I.

* Quelle est, en conséquence, la nature du titre que doivent détenir les tiers pour former une tierce opposition à l'encontre d'un jugement d'annulation ? M. Waline a répondu à cette interrogation en dégagant l'idée de "vocation" d'un administré à "l'accès à une situation juridique qu'il n'a pas encore, si tout se passe normalement, s'il ne survient pas une circonstance qui fasse obstacle à ce changement de situation juridique" : ce qui ouvre au tiers cette voie de droit, c'est cette "vocation déçue" ou "interrompue"¹⁶³⁴. Il semble qu'il faille en effet chercher dans cette direction l'explication des solutions jurisprudentielles : si la décision annulée était devenue définitive, les tiers en cause auraient bénéficié d'avantages protégés par la forclusion des délais contentieux, et ici seulement, on pourrait, à proprement parler, employer le terme de "droit" ; dans la mesure où elle a été censurée avant d'atteindre ce stade, ceux qui avaient simplement intérêt au maintien en vigueur de la décision pourront former une tierce opposition à l'encontre du jugement qui y a procédé. Cette perception permet en outre de comprendre la globalité de la jurisprudence en la matière : on saisit ainsi pourquoi la tierce opposition est invariablement considérée irrecevable à la suite d'une décision de rejet¹⁶³⁵, puisqu'aucune annulation ne vient ici contrarier la vocation d'un tiers au maintien d'une décision, le rejet du recours maintenant celle-ci dans l'ordonnement juridique¹⁶³⁶ ; on conçoit parallèlement que le juge permette à des tiers de contester l'annulation d'un règlement dont il tiraient quelque avantage, et ce alors même que le principe de mutabilité qui s'attache à ce type d'acte induit que nul n'ait droit à leur maintien¹⁶³⁷. Le caractère largement artificiel de l'exigence jurisprudentielle de préjudice à un droit apparaît donc ; mais en dépit de cette évidence, le maintien de la formulation traditionnelle ne semble pas fortuit.

b) Le maintien de l'exigence permet au juge de sélectionner les requêtes

S'il faut bien convenir, avec Léon Blum, qu'en matière de recevabilité de tierce opposition, la distinction entre intérêt et droit n'est qu'une "distinction d'Ecole"¹⁶³⁸, il n'en reste

¹⁶³⁴ Note précitée, pp. 158 à 160.

¹⁶³⁵ Cette exclusion traditionnelle n'a jamais été démentie : voir C.E., 20/02/1914, Gaucher, p.238 ; 5/01/1951, Dame Guiderdoni, p.5 ; 18/07/1973, Elections municipales de Jarnages, p.990.

¹⁶³⁶ Si la décision en cause leur faisait tort, les tiers devaient en effet l'attaquer dans les délais du recours pour excès de pouvoir, et ils ne sauraient se servir du biais de la tierce opposition contre une décision de rejet pour proroger ce délai à leur profit. Sur ce point, voir P. Weil, *op. cit.*, p.122.

¹⁶³⁷ C'était le cas dans l'affaire Boussuge qui a consacré la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir : un règlement réservait une place aux Halles de Paris à deux catégories de vendeurs ; à la suite de l'annulation de ce texte à la demande d'une des deux catégories concernées, l'autre a été jugée recevable à former une tierce opposition à l'encontre de ce jugement.

Sur le principe de mutabilité des actes réglementaires, voir *infra*, Chapitre 2.

¹⁶³⁸ Conclusions précitées.

pas moins que le fait de continuer à exiger la présence du second ne résulte pas d'un hasard, ou d'un attachement excessif à des terminologies passéistes. Le juge ne souhaite pas en effet une ouverture trop large de cette voie de droit, ouverture que pourrait induire l'admission de la notion d'intérêt, comme tendent à le démontrer les solutions très permissives adoptées en matière de recevabilité de l'intervention en excès de pouvoir où ce critère est consacré¹⁶³⁹. Le maintien de l'exigence de préjudice a un droit autorise un "opportunisme jurisprudentiel"¹⁶⁴⁰ qu'aurait pu mettre à mal un assouplissement même formel : lorsque il semble bon à la juridiction administrative, pour quelque raison que ce soit¹⁶⁴¹, d'admettre la recevabilité la tierce opposition, elle identifiera la présence d'un droit, et inversement¹⁶⁴² ; et il lui est plus facile, dans ce dernier cas, de dénier l'existence d'un droit que d'un intérêt lésé.

Il faut donc conclure de tout ce qui précède que le tiers admis à emprunter la voie de droit étudiée ne fait pas valoir un véritable droit, comme le laissait sous-entendre le juge administratif, mais bien un simple intérêt au maintien de l'acte censuré¹⁶⁴³, intérêt estimé suffisamment important par la juridiction pour obtenir un rejugement de l'affaire. Nous devons insister maintenant sur ce dernier point, et montrer que la tierce opposition, malgré le climat subjectif qui règne autour d'elle, s'inscrit parfaitement, en matière d'excès de pouvoir, dans l'optique classique qui voit dans ce recours un simple instrument de correction des illégalités administratives.

Dans le même sens, voir conclusions J. Biancarelli sur C.E., 18/02/1982, S.A. Bureau Veritas, Leb. p.240.

¹⁶³⁹ Il en va notamment ainsi lorsqu'est admise l'intervention d'un syndicat qui n'aurait pas été recevable à former lui-même le recours principal parce que la décision en cause ne lésait pas l'intérêt collectif qu'il protège : Cf. par exemple 27/05/1964, Choulet, p.302.

¹⁶⁴⁰ Selon l'expression de R. Guillen, *op. cit.*, p.920.

¹⁶⁴¹ Pour plus de précisions sur ce point, Cf. P. Dubouchet, *art. cit.*, pp.732 s.

¹⁶⁴² Le juge doit en effet ne pas se montrer trop laxiste dans l'admission de cette voie de droit, du fait qu'elle peut être généralement exercée à toute époque, même après le délai de trente ans (Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1071) ; une trop large recevabilité préjudicierait en conséquence à la nécessaire stabilité des relations juridiques que garantit l'autorité de chose jugée.

¹⁶⁴³ La jurisprudence administrative est en cela conforme aux nouvelles exigences de la procédure civile, puisque l'article 583 du N.C.P.C. a substitué le terme d'"intérêt" à celui de "droits" qui, on le sait, était consacré par l'ancien article 474.

2 - La tierce opposition parfait l'efficacité du contentieux objectif

Lorsqu'est formée une tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, le but du tiers n'est pas censé être la défense d'un de ses droits subjectifs, pas plus que ne l'était celui du requérant principal qui a obtenu l'annulation : il est réputé simplement poser une nouvelle fois la question objective de la légalité de l'acte en cause en apportant certains éléments dont le juge n'avait pas conscience lors de l'instance initiale. C'est en cela qu'on peut dire que la tierce opposition ne heurte pas, malgré tout ce qui a pu être écrit en ce sens, le principe de l'autorité absolue de chose jugée : il n'en irait ainsi que si le tiers entendait se voir dispensé des retombées du jugement prononcé, puisque ladite autorité l'impose à tous. Or, tel n'est pas visiblement son objectif¹⁶⁴⁴ : il cherche seulement à faire modifier par le juge le contenu même de sa décision initiale, ce que n'interdit assurément pas le principe de l'autorité absolue¹⁶⁴⁵. Et cette remise en question d'un jugement d'annulation peut paraître parfois opportune : c'est notamment le cas en matière d'expropriation où est employée la théorie du bilan coûts / avantages, puisqu'ici un tiers (par exemple la commune au profit de laquelle est réalisée l'opération) pourra soumettre par ce biais des éléments ignorés lors de l'instance initiale ayant abouti à l'annulation de la D.U.P., qui feront pencher le juge en faveur de l'utilité publique, et donc de la légalité de cet acte¹⁶⁴⁶. La tierce opposition améliore ainsi la qualité du contrôle objectif exercé par le juge de l'excès de pouvoir, puisque, par l'occasion qu'elle lui donne de réexaminer sa décision, elle "lui procure peut-être une chance de redresser une erreur et, partant, de mieux défendre la légalité"¹⁶⁴⁷. Les effets du succès de la tierce opposition seront en conséquence, on s'en doute, aussi radicaux que ceux de n'importe quelle voie de droit ouverte contre un jugement d'annulation non définitif¹⁶⁴⁸ : l'arrêt contesté sera réputé "non avenu", et l'acte qui en pâtissait automatiquement et rétroactivement recréé¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁴ Duguit, dans sa critique de l'arrêt Boussuge (*op. cit.*, T.II, p.497) commettait sur ce point flagrante une erreur d'analyse : "si la tierce opposition avait triomphé sur le fond, le décret aurait été annulé pour tout le monde, excepté pour une seule personne, le demandeur de la tierce opposition, ce qui me paraît inintelligible". Et pour cause ...

¹⁶⁴⁵ Ainsi l'autorité absolue d'une décision d'annulation émanant d'un tribunal administratif n'empêche-t-elle pas le succès des voies de droits ouvertes à son encontre (voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I).

¹⁶⁴⁶ Voir soulignant ce rôle important de la tierce opposition en la matière, la note B. Pacteau sous C.E., 10/05/1985, Chambre de commerce et d'industrie d'Annecy *c/* Commune de Meythet, *Revue française de droit administratif* 1986, p.60.

¹⁶⁴⁷ Nguyen Quoc Dinh, "L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir", *Revue du droit public* 1946, p.407.

A noter qu'elle procure même parfois une occasion supplémentaire d'apprécier la légalité de l'acte en cause dans la mesure où le jugement rendu sur tierce opposition peut faire l'objet d'une voie de recours ouverte contre tout jugement, et notamment d'un appel (Cf. notamment, C.E., 28/05/1971, Epoux Godet, p.13).

¹⁶⁴⁸ Sur cette question, Cf. *supra* Partie I, Titre I, Sous-titre I.

Loin d'être en contradiction avec les principes classiques de l'excès de pouvoir, la tierce opposition se fonde donc parfaitement dans ceux-ci : elle ne permet pas aux tiers de faire valoir un quelconque droit à l'encontre d'un jugement d'annulation mais les autorise, dans la mesure où le juge administratif leur reconnaît intérêt à ce faire, à demander à ce dernier de statuer une deuxième fois sur le sort d'un acte qui semblait pourtant scellé. Elle minimise en cela les risques d'erreurs en matière d'appréciation de la légalité, et, malgré un rôle plus que limité, peut donc s'avérer un complément précieux du contrôle de l'excès de pouvoir.

A l'omniprésence du souci de rétablir la légalité qui imprègne tout à la fois le recours pour excès de pouvoir et l'annulation qui vient parfois le ponctuer, s'opposent les compromis que la jurisprudence traditionnelle a dû trouver en matière de déclaration d'illégalité, pour y concilier les nombreux impératifs en présence.

CHAPITRE 2. LA DECLARATION D'ILLEGALITE OU LA LEGALITE CONCURRENCEE

A la différence de ce qui a pu être constaté en matière d'annulation, le souci de sauvegarder la légalité de l'action administrative n'est pas la seule préoccupation qui doit animer le juge lorsqu'est soulevée devant lui, à titre incident, la question de l'irrégularité d'une décision administrative devenue définitive : il faut ici tenter de s'en tenir autant que possible à la rectitude juridique, sans pour cela remettre en cause les situations qui ont légitimement pu se construire sur la base d'un acte qui, jusqu'alors, bénéficiait d'une présomption de licéité. Afin de réaliser cette nécessaire médiation, certaines règles ont été dégagées, puis consacrées.

¹⁶⁴⁹ Voir en particulier C.E., S., 8/07/1955, Ville de Vichy, p.396.

Ce n'est là qu'une forme particulière du phénomène de "légalité à éclipses" que nous avons déjà présenté, ce qui ruine la critique fondamentale adressée par G. Jèze à l'arrêt Boussuge : celui-ci voyait en effet dans le fait que le règlement annulé par le Conseil d'État puisse à nouveau être déclaré légal une source de "désordre", voire d'"anarchie administrative" (*art. cit.*, p.341).

SECTION 1. LA NECESSAIRE CONCILIATION D'INTERETS CONTRAIRES

La mission d'une déclaration d'illégalité n'est pas aussi impérative que celle pour la concrétisation de laquelle est prononcée une annulation : il ne s'agit plus de rétablir, sur un plan général, la régularité de l'action administrative, mais seulement d'empêcher qu'une mesure illégale, qui n'a pas été censurée quand il en était encore temps, ne s'applique à une espèce donnée. Si la préoccupation d'assurer la suprématie du principe de légalité ne fait pas réellement défaut, elle se manifeste de façon beaucoup plus timide que lorsqu'il s'agit de statuer sur le sort d'un acte directement attaqué en excès de pouvoir, et ce à deux égards : elle procède en premier lieu d'une démarche plus subjective, puisque intentée dans l'intérêt avoué du requérant ; elle doit ensuite composer avec d'autres intérêts que protège l'expiration des délais de remise en cause contentieuse directe.

Paragraphe 1. L'intérêt du requérant à l'application du principe de légalité

Bien qu'il repose sur une question par essence purement objective, cet intérêt apparaît ici beaucoup plus "subjectif" que dans la poursuite de la censure d'un acte pour excès de pouvoir.

I - Une question objective

Le mécanisme permettant au juge administratif de se prononcer à titre incident sur le régularité d'un acte administratif devenu définitif, procède bien évidemment du principe qui impose à l'administration de se conformer aux règles de droit qui gouvernent son activité. Si la jurisprudence a permis, à partir du début du XX^{ème} siècle¹⁶⁵⁰, à un requérant d'invoquer

¹⁶⁵⁰ Cette permission n'existait pas en effet au siècle précédent, le Conseil d'État rejetant les recours contre les actes d'application qu'il déclarait simplement confirmatifs (voir par exemple C.E., 28/03/1890,

l'irrégularité d'une décision à l'issue du délai prévu pour sa contestation directe, c'est bien pour tenter de museler, dans la mesure du possible, les illégalités qui peuvent se glisser entre les mailles du filet que tisse le recours pour excès de pouvoir¹⁶⁵¹. C'est ainsi, par exemple, que MM. Vedel et Delvolvé présentent le mécanisme de l'exception d'illégalité, au côté du recours pour excès de pouvoir "qui, par excellence, assure le respect de la légalité par l'administration", comme constituant "un autre moyen, moins énergique il est vrai, par lequel le contrôle juridictionnel -du principe de légalité- est mis en œuvre"¹⁶⁵². Une différence importante sépare cependant les deux types de contrôles.

II - Une perspective subjective

A. Nous avons vu que, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir exercé directement contre un acte non encore définitif, le requérant était traditionnellement présenté comme un véritable "surveillant" de l'action administrative¹⁶⁵³, et censé présenter sa demande dans l'intérêt de la société tout entière. Il en va autrement pour ce qui est de l'exception : ici, dans la mesure où le contrôle sollicité ne vise pas à assainir l'ordre juridique mais simplement à neutraliser l'application d'une disposition irrégulière dans une espèce déterminée, il semble difficile de ne pas considérer que le requérant se prévaut du principe de légalité dans son intérêt propre. La question posée au juge, bien qu'intrinsèquement objective, comporte indubitablement certaines facettes subjectives, puisqu'il ne s'agit plus d'anéantir, au profit de tous, la norme illégale, mais simplement de se voir, individuellement, dispenser de la soumission à celle-ci.

B. Cette subjectivité apparaît de façon plus flagrante encore lorsque le moyen qui met en cause l'irrégularité d'un acte administratif est invoqué à l'appui d'une demande de dommages-intérêts,

Commune de Saint-Ciers-la-Lande, p.342) ; ce n'est qu'avec les arrêts Dame Delpech et Poulain (précités) que la jurisprudence actuelle a vu le jour.

¹⁶⁵¹ Etant entendu que l'extinction du délai contentieux, s'il a pour effet de rendre l'acte définitif, ne saurait évidemment effacer les irrégularités dont celui-ci peut être affecté.

Voir notamment sur ce point, outre nos développements consacrés à l'abrogation obligatoire (*supra* Partie I, Titre I, Sous-titre II), G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p.282 : "l'expiration des délais de recours à l'encontre des décisions exécutoires a un effet purement procédural et non un effet de fond. Elle met obstacle à ce que le recours atteint par la péremption soit formé ; mais elle ne couvre pas la décision d'une présomption de légalité et si un recours de nature différente n'est pas atteint par l'expiration du délai, l'illégalité de la décision peut être invoquée à l'appui de ce recours".

¹⁶⁵² *Ibid.*, p.434.

¹⁶⁵³ Selon l'expression d'Hauriou (note sous l'arrêt Ville d'Avignon précitée).

destinée à couvrir le préjudice né de son application au requérant¹⁶⁵⁴. Prenons l'exemple de l'arrêt *Siméon*¹⁶⁵⁵ : l'intéressé, secrétaire général de mairie, avait été victime d'un licenciement illégal -parce qu'entaché d'un détournement de pouvoir- dont il avait omis de demander l'annulation dans les deux mois suivant sa notification. Pouvait-il, dès lors, mettre en avant cette irrégularité afin de stigmatiser l'attitude fautive de l'administration à son égard, et obtenir en conséquence l'allocation de dommages-intérêts ? La Section du contentieux l'a admis, et a réparé le préjudice moral subi par M. Siméon du fait de la survenance de la mesure irrégulière. La démarche suivie par l'administré dans ces hypothèses est on ne peut plus subjective, puisqu'elle vise à la reconnaissance d'un droit pécuniaire à son profit. Elle passe cependant par l'appréciation juridictionnelle incidente de la légalité d'un acte administratif. C'est pourquoi l'on peut dire que contester la régularité d'un acte par voie d'exception s'apparente à une demande d'annulation, en ceci qu'on revendique l'application du principe de légalité de l'action administrative, mais s'en distingue de par l'optique -plus individuelle- dans laquelle cette application est réclamée. Cette divergence première s'aggrave dès lors qu'on élargit le champ de l'analyse.

Paragraphe 2. L'intérêt présumé de l'administration et des tiers au *statu quo*

Le juge, saisi d'une contestation incidente de la légalité d'une décision administrative devenue définitive, ne peut négliger ce dernier caractère. Si la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir a été enfermée dans de brefs délais, c'est bien¹⁶⁵⁶ pour consolider, à l'expiration de celui-ci, à la fois la norme créée et les conséquences de droit qu'elle a pu engendrer. Attachons-nous donc à définir les contours de cette idée -qui n'est autre que le principe de stabilité des relations juridiques- avant de souligner qu'elle joue non seulement à l'égard des tiers, mais également, parfois, dans l'intérêt de l'administration elle-même.

¹⁶⁵⁴ Il est en effet de jurisprudence constante que l'expiration du délai dont dispose un administré pour contester une décision par le biais du recours pour excès de pouvoir ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé se prévale de l'illégalité de ladite décision en renfort d'une demande en indemnité. Sur ce point, voir *infra*, Titre I, Sous-titre I.

¹⁶⁵⁵ C.E., S., 30/04/1976, p.225 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.625, conclusions M.-E. Aubin.

¹⁶⁵⁶ Outre le souci -que nous avons signalé plus haut- de faire poursuivre le plus rapidement possible l'illégalité des décisions administratives.

I - L'impératif de stabilité des relations juridiques

Il serait contraire à la fonction même du droit de permettre qu'une norme puisse être perpétuellement menacée d'une remise en cause contentieuse, fût-ce au nom du principe de légalité. Assurer une stabilité dans les relations juridiques qui unissent administration et administrés a toujours été présenté comme une nécessité des plus impérieuses. Ainsi L. Delbez remarquait-il que "le Droit ne saurait s'accommoder d'instabilité ; il tend (...) à assurer aux particuliers le maximum de garantie et de sécurité compatible avec le fonctionnement des services publics. Il est éminemment conservateur et protecteur des situations acquises"¹⁶⁵⁷. Cette idée, constamment reprise jusqu'à nos jours¹⁶⁵⁸, et réalimentée depuis quelques années par les jurisprudences des juridictions européennes¹⁶⁵⁹, constitue l'un des fondements même de l'État de Droit¹⁶⁶⁰ : "la stabilité est un des besoins primordiaux des sociétés civilisées et le respect des situations acquises constitue l'une des bases de notre système actuel"¹⁶⁶¹. La possibilité offerte à un acte administratif d'acquiescer un caractère définitif à l'issue du délai ménagé pour son éventuelle contestation procède directement de ce souci¹⁶⁶² ; on comprend donc que le juge, confronté à la question incidente de la régularité d'une décision protégée par la forclusion, se montre circonspect dans les conséquences que pourrait entraîner la réponse qu'il fournira. Il ne saurait être question de bouleverser des situations désormais juridiquement stabilisées, et cette assertion ne profite pas simplement aux tiers au litige dans lequel le moyen incident a été soulevé, mais également, bien souvent, à l'autorité administrative qui se trouve à l'origine de la décision.

¹⁶⁵⁷ "La révocation des actes administratifs", *Revue du droit public* 1928, p.467/468.

¹⁶⁵⁸ Voir à ce propos R. Muzellec, *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels*, Thèse Rennes, dactyl., 1971, pp.55 s., l'auteur récapitulant les différentes prises de positions à ce sujet.

¹⁶⁵⁹ Pour plus de détails sur ce point, voir le récent article de B. Pacteau, "La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1995, n° spécial du cinquantenaire, p.151).

¹⁶⁶⁰ Elle l'est au même titre que celle de "sécurité juridique" qui tend à prohiber tout changement brutal et toute "surprise" dans l'application du droit. Sur cette notion, voir notamment M. Kdhir, "Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?", *Les petites affiches*, 16/08/1993, n°98, p.9.

¹⁶⁶¹ J. de Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs*, Thèse 1941, p.43, n°56.

¹⁶⁶² D'autres règles et principes sont issus de la même source, et notamment celui du respect de la chose jugée, dont le fondement réside notamment, selon Alibert, dans "la sécurité des relations sociales" exigeant "que les constatations du juge soient tenues pour exactes" (*op. cit.*, p.299).

II - Une stabilité qui profite tant aux tiers qu'à l'administration elle-même

On a souvent tendance à considérer l'impératif de stabilité des relations juridiques comme ne bénéficiant qu'aux seuls administrés. Les droits qu'une décision administrative a pu produire au profit d'un individu doivent en effet bénéficier d'une permanence certaine, sous peine d'enfreindre une des composantes fondamentales de l'État de Droit. Pourtant, l'administration, elle aussi, trouve le plus souvent son compte dans cette assurance de constance juridique inhérente à la péremption du recours direct de légalité. Non, certes, que celle-ci ait un quelconque droit subjectif au maintien de ses actes¹⁶⁶³ ; mais la garantie d'une certaine stabilité des décisions administratives lui permet de mener à bien les missions d'intérêt général qui lui sont confiées. Seule la sécurité conférée par la définitivité d'une mesure édictée semble à-même d'assurer une réelle efficacité à l'action administrative. Ainsi, pour s'en tenir à quelques exemples, une collectivité qui procède à une expropriation d'utilité publique possède-t-elle un intérêt -qui n'est autre que l'intérêt public- à ne pas voir les actes de la phase administrative de l'opération inquiétés pour illégalité, une fois celle-ci devenue définitive ; ou bien le gouvernement adoptant une réglementation en matière économique dans l'intérêt national souhaite-t-il légitimement une certaine durabilité des dispositions qu'il édicte, afin qu'elle puissent produire l'effet escompté durant la période prévue. C'est en cela qu'on peut écrire que l'impératif de stabilité des relations juridiques ne joue pas simplement en faveur d'individus, mais bien au bénéfice de la société tout entière : la conception qui "tend à poser les rapports de l'administration et des administrés en termes d'opposition -l'intérêt général se heurtant à l'intérêt particulier- et non en termes de solidarité" n'est qu'une illusion à laquelle il ne faut pas succomber¹⁶⁶⁴. Le souci d'un minimum de fixité du commerce juridique, loin d'être instauré au profit des seuls particuliers, constitue bien, corrélativement, une des composantes de l'intérêt général qu'est censée poursuivre l'administration.

On s'aperçoit donc que deux revendications entrent en conflit lorsqu'est incidemment remise en cause la régularité d'un acte administratif définitif : celle de la légalité, prônée par le requérant, et celle de la stabilité des relations juridiques, inhérente à la fonction même du Droit. Afin de ne sacrifier ni l'un ni l'autre de ces impératifs fondamentaux, certains mécanismes ont été installés qui, s'ils permettent, dans une certaine mesure, la remise en cause pour irrégularité

¹⁶⁶³ Voir en ce sens B. Kornprobst, *op. cit.*, p.201.

¹⁶⁶⁴ R. Muzellec, *op. cit.*, p.4.

Cette solidarité avait parfaitement été mise en avant par M. Waline pour tenter de justifier la protection des prérogatives de l'administration par le Conseil d'État : "il faut prendre garde qu'en sapant l'autorité publique, le juge ruinerait celle de l'État et par là ce qui fait en définitive la sauvegarde de chacun contre les plus forts ou les moins scrupuleux" ("Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *Études et documents du Conseil d'État* 1957, p.29).

d'une décision définitive, font en sorte de circonscrire celle-ci en une sphère suffisamment restreinte pour ne pas porter un préjudice excessif aux autres intérêts à protéger.

SECTION 2. LES CONCRETISATIONS DE LA CONCILIATION

Comment répondre au légitime désir de paralyser un texte définitif illégal, tout en évitant un bouleversement trop radical des relations juridiques qui ont pu se constituer sur sa base, et sans gêner outre mesure l'action administrative ? La jurisprudence a dû fournir des solutions à ce double problème.

Paragraphe 1. Les précautions prises au profit des administrés

Lorsque se sont créées des situations sur la base de décisions illégales, on est en droit de se demander s'il faut, en vertu du principe de légalité, privilégier la remise en cause de celles-ci, ou au contraire faire en sorte que leurs bénéficiaires ne pâtissent pas *ad vitam aeternam* de la précarité à laquelle l'illégalité semble les condamner. Dans une perspective théorique, les deux impératifs apparaissent d'intensité équivalente : "s'il y a un intérêt d'ordre public à ce que les excès de pouvoir puissent être toujours réprimés, il y a aussi un intérêt d'ordre public à ce que les situations faites et acceptées par les parties depuis longtemps ne puissent être éternellement dérangées sur la provocation de l'une d'elles"¹⁶⁶⁵. Mais sur un plan pratique, force est de constater que, traditionnellement, la préoccupation de stabilité prime généralement celle de la régularité de l'action administrative, grâce au principe solidement établi d'intangibilité des décisions non réglementaires¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶⁵ Conclusions Lhôpital sur C.E., 20/03/1962, Ville de Châlons, p.235.

¹⁶⁶⁶ Une autre théorie, celle de respect des droits acquis, est fréquemment employée en doctrine et en jurisprudence pour justifier qu'une déclaration d'illégalité ne puisse produire d'effets à l'égard des tiers. Ainsi, selon F. Chevallier, c'est "dans la notion de droits acquis que doit être recherché le fondement des règles relatives aux exceptions d'illégalité et singulièrement aux exceptions d'illégalité des actes particuliers" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1981, art. cit. p.344 (notes 143 à 145)). Certains

I - Le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires

Ce principe, bien qu'appliqué avec constance par le juge et universellement admis par la doctrine¹⁶⁶⁷ et les commissaires du gouvernement¹⁶⁶⁸, est demeuré longtemps innommé en jurisprudence ; il a fallu attendre les années 60 pour voir apparaître les premiers jugements et arrêts le mentionnant expressément. C'est ainsi que l'Assemblée du contentieux a fait état de "l'intangibilité des droits résultant des décisions administratives individuelles"¹⁶⁶⁹. Cette formulation pourrait nous conduire à n'envisager, dans le cadre de l'étude du principe d'intangibilité, que les mesures individuelles ayant créé des droits. En effet, c'est essentiellement à leur propos qu'a été formulée la règle de l'intangibilité¹⁶⁷⁰. Cependant, nous préférons à cette conception étroite la distinction plus large entre décision réglementaire et non réglementaire, et cela pour deux raisons majeures :

auteurs vont même jusqu'à fonder sur cette notion de droits acquis le principe d'intangibilité, bien qu'il faille, semble-t-il, préférer à cette vision celle qui estime que les droits de l'administré résultent de l'application dudit principe (voir sur ces points R. Muzellec, *op. cit.*, pp.44 s). Quoi qu'il en soit, l'idée de droits acquis vient satisfaire, en corrélation avec le principe d'intangibilité, le souci de sécurité juridique qui sert de fondement commun à ces deux constructions (sur cette idée, voir *infra*, Titre I, Sous-titre II).

¹⁶⁶⁷ G. Jèze fut un des premiers à le formuler (*Revue du droit public* 1913, *art. cit.* p.250). Il fut suivi par de nombreux auteurs, tels que Delbez, Bonnard, et plus récemment A. de Laubadère ou J.-M. Auby. Pour un éventail détaillé de ces différentes opinions, Cf. R. Muzellec, *op. cit.* p.21 s.

¹⁶⁶⁸ C'est par exemple ce qui va pousser M. Rivet (conclusions publiées à la *Revue du droit public* 1922, p.552) à proposer au Conseil d'État la solution Dame Cachet (jurisprudence précitée).

¹⁶⁶⁹ C.E., Ass., 29/03/1968, Manufacture Française des pneumatiques Michelin", p.215 ; *Revue du droit public* 1969, p.320, conclusions G. Vught ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.335, chr. MM. Massot et Dewost.

¹⁶⁷⁰ Voir par exemple les conclusions Henry précitées sous l'arrêt Quériaud : "Le principe, constamment affirmé par votre jurisprudence, est celui de l'intangibilité des effets juridiques des actes individuels qui ont créé des droits".

- Traditionnellement, la *summa divisio* qui dominait la conception des différents actes administratifs dissociait règlements et décisions individuelles, ces dernières étant assimilées à ce que l'on appellerait aujourd'hui plus volontiers la catégorie des décisions non réglementaires.

- Surtout, il apparaît, à la lecture de certaines décisions récentes, que le principe d'intangibilité représente encore, dans l'esprit de nombreux juristes et juridictions, une des caractéristiques essentielles de la catégorie des actes non réglementaires globalement considérée, qui sert à la différencier nettement du régime s'attachant aux règlements. Ainsi, à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *Les Verts*¹⁶⁷¹, le commissaire du gouvernement Pochard a-t-il mis en avant, pour justifier la solution qu'il proposait à la Section du contentieux¹⁶⁷², que le juge administratif a "toujours maintenu une stricte distinction entre actes réglementaires et actes non réglementaires, précisément s'agissant des délais pour invoquer leur illégalité"¹⁶⁷³.

Ces deux raisons avancées, nous pouvons maintenant tenter une approche plus approfondie du "principe d'intangibilité des actes non réglementaires".

A. Le champ du principe d'intangibilité

Il s'agit ici de protéger autant que faire se peut les situations qui ont pu se constituer au profit des administrés sur la base d'un acte donné, nonobstant parfois la remise en cause incidente de la légalité de ce dernier à l'occasion d'un litige ponctuel. L'assurance que confère à cet égard le principe d'intangibilité n'a de raison de jouer que lorsque les administrés peuvent se prévaloir d'un attribut suffisamment individualisé et cristallisé, ce qui explique les deux constatations suivantes :

¹⁶⁷¹ Conclusions précitées, *Revue française de droit administratif* 1991, p.576.

¹⁶⁷² Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

¹⁶⁷³ Le Conseil d'État, tant dans l'arrêt "Les Verts" que dans la solution "Elections cantonales de Chauffailles" (jurisprudences précitées) a calqué son attitude sur cette logique. Comme le remarquent MM. E. Honorat et R. Schwartz dans la chronique qu'ils consacrent à ces arrêts, "la Section du contentieux paraît avoir été soucieuse (...) de maintenir une stricte distinction entre les actes réglementaires et ceux qui ne le sont pas" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1991, chronique précitée, p.115.).

1 - Le principe intéresse exclusivement les actes non réglementaires

a) Justification de cette exclusivité

* Le principe d'intangibilité ne peut concerner les actes réglementaires qui sont traditionnellement soumis à la règle de la mutabilité. L'élément déterminant ce caractère semble résider dans la généralité et l'impersonnalité qui s'attachent à ce type d'actes¹⁶⁷⁴. La mutabilité est commandée par la nature même du pouvoir réglementaire : "pour poursuivre dans les meilleures conditions la finalité d'intérêt général qui lui est imposée, l'administration doit, en fonction des circonstances nécessairement changeantes, adapter constamment ses normes et ses institutions"¹⁶⁷⁵. Rien ne vient contrarier la réalisation de cet impératif dans la mesure où, outre le fait que l'exercice du pouvoir réglementaire n'entraîne pas l'extinction de celui-ci et permet en conséquence sa mise en œuvre chaque fois que cela s'avère utile, il est communément admis que les règlements ne créent pas de droits à leur maintien¹⁶⁷⁶.

* Au contraire, l'acte non réglementaire a généralement pour but de consacrer une situation subjective déterminée dont l'état du droit autorisait la cristallisation à un moment donné¹⁶⁷⁷, et il serait ici difficilement justifiable que l'on puisse soumettre celle-ci aux aléas de l'évolution des circonstances : la décision non réglementaire "n'institue aucune règle, elle a pour objet d'assigner à tel individu ou à tel objet une situation déterminée dans le cadre des

¹⁶⁷⁴ Cf. notamment G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2^{ème} édition, 1914, tome 1, p.88 : "la caractéristique de la situation générale impersonnelle et de l'acte qui la crée est de pouvoir être modifiée à tout moment".

¹⁶⁷⁵ J.-M. Auby, *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit. p.131.

¹⁶⁷⁶ Voir notamment C.E., 27/01/1961, Vannier, p.60, conclusions J. Kahn ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1961, p.74, chronique MM. Galabert et Gentot ; et, plus récemment, C.E., 10/03/1995, Association des pilotes professionnels français, req. n°117094.

¹⁶⁷⁷ Cette différence fondamentale a été traduite par la formule suivante due à M. J.-M. Rainaud : "l'acte réglementaire est un acte de vocation, alors que l'acte individuel est un acte de droit". Cf. *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, L.G.D.J. 1966, p.123. L'auteur insiste d'ailleurs sur le caractère "acquisitif" que ce dernier type d'acte détient de façon exclusive. Sur ce problème, voir *infra*, Titre I, Sous-titre II.

dispositions législatives ou réglementaires. En raison même de ces caractères, la stabilité constitue pour elle un impératif (...) "¹⁶⁷⁸.

b) Intérêt théorique de cette exclusivité

Cette caractéristique permet, sur un plan purement conceptuel, de distinguer le principe d'intangibilité d'une autre règle qui, tout en entretenant d'indéniables relations avec lui (puisque'elle aussi est partiellement induite par la préoccupation de stabilité des relations juridiques), n'en demeure pas moins distincte : il s'agit de la règle de non-rétroactivité qui gouverne l'action administrative. Si celle-ci trouve incontestablement dans la protection des droits acquis contre des interventions tardives de l'administration l'une de ses vocations ¹⁶⁷⁹, elle possède une portée à la fois plus étroite et plus large que le principe d'intangibilité, dans la mesure où, d'une part, elle ne tend qu'à protéger des situations passées ¹⁶⁸⁰, et où, d'autre part -et surtout-, elle ne se cantonne pas aux seuls actes non réglementaires ¹⁶⁸¹.

2 - Le principe intéresse exclusivement les actes non réglementaires définitifs

Le principe d'intangibilité était, à l'origine, largement entendu par la jurisprudence : les actes non réglementaires qu'il protégeait bénéficiaient d'une immunité quasi absolue, alors même qu'ils étaient entachés d'une illégalité. Ce n'est qu'au début du siècle que le Conseil d'État accepta de tempérer ce principe en présence d'une irrégularité avérée ¹⁶⁸². Par l'arrêt *Dame Cachet* ¹⁶⁸³, la Haute juridiction devait fixer les principes directeurs en la matière, en liant la fragilité de l'acte au délai de recours contentieux ouvert à son encontre : seule la définitivité

¹⁶⁷⁸ Conclusions P. Laurent précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1955, II, p.290.

¹⁶⁷⁹ Voir notamment O. Dupeyroux, *op. cit.* pp.110 s.

¹⁶⁸⁰ Au contraire, le principe d'intangibilité protégera l'acte tant pour le présent que pour le passé (pas de retrait) que pour l'avenir (pas d'abrogation).

¹⁶⁸¹ Voir par exemple conclusions Baudoin sur C.E., Ass., 21/10/1966, Graciet, *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, II, p.275, n°60 : le principe de non-rétroactivité "s'impose à l'autorité administrative que l'acte soit réglementaire ou individuel".

¹⁶⁸² Cf. notamment C.E., 16/02/1912, Abbé Blanc, p.224 ; 28/11/1913, Milloud, p.1181 ; et 01/08/1919, Fraissé, p.695.

¹⁶⁸³ C.E., 3/11/1922, jurisprudence précitée.

entraîne l'intangibilité¹⁶⁸⁴, ce qui sous-entend que, tant que le délai n'est pas arrivé à son terme, toute remise en cause de l'acte illégal sera admise.

B. La valeur du principe d'intangibilité

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Etablissements Vezia*¹⁶⁸⁵, R. Latournerie comptait le principe d'intangibilité des situations acquises au nombre des principes généraux du droit. Cette conception devait être partagée par de nombreux auteurs, comme par exemple R. Odent qui considérait comme "un principe général du droit administratif celui en vertu duquel la légalité d'une décision devenue définitive par l'expiration du délai de recours ne peut plus être contestée"¹⁶⁸⁶. Ces différentes estimations s'appuyaient essentiellement sur le fait que certains démembrements du principe d'intangibilité présentaient à l'évidence un tel caractère, et en particulier les règles du retrait¹⁶⁸⁷. Mais faute de reconnaissance expresse par le Conseil d'État, cette qualification de principe général du droit n'est restée qu'un souhait¹⁶⁸⁸, et l'"incertitude demeure"¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁴ Le caractère définitif d'un acte peut résulter non seulement du jeu naturel de l'expiration des délais contentieux à son égard mais également d'une volonté parlementaire : il arrive en effet que le législateur prévoie expressément l'intangibilité de telle ou telle situation juridique. Ces interventions législatives, bien que ponctuelles, ne présentent pas un caractère anecdotique. M. Muzellec (*op. cit.* p.47 s.) a montré que certaines matières étaient à ce propos l'objet de sollicitations particulières, telle que celle des pensions accordées dans le cadre de la fonction publique. Cependant, le même auteur, après avoir multiplié les exemples de lois soucieuses de protéger certaines situations acquises, a été amené à conclure que "ce fondement législatif du principe d'intangibilité demeure occasionnel".

¹⁶⁸⁵ C.E., 20/12/1935 ; *Revue du droit public* 1936, p.118.

¹⁶⁸⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, p.1102.

¹⁶⁸⁷ Cf. notamment les conclusions Rigaud sur C.E., 24/02/1967, de Maistre, *La semaine juridique* 1967, II, n° 15068.

¹⁶⁸⁸ Souhait expressément formulé par M. Waline, pour qui ce serait "l'expression même de la sagesse ou, si l'on préfère, des exigences de la sécurité du commerce juridique" (note sous C.E., 4/12/1959, Geoffroy, *Revue du droit public* 1960, p.139).

¹⁶⁸⁹ Selon l'expression de M. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., 1968, n°279, p.283.

M. Muzellec a cependant prouvé que le principe d'intangibilité possédait non seulement toutes les caractéristiques, mais également la force juridique d'un principe général du droit¹⁶⁹⁰. Empruntant la typologie de M. Jeanneau¹⁶⁹¹, il a tout d'abord démontré sa généralité (application à une série indéfinie de situations), sa permanence (étant "intimement associé à la notion même de Droit, puisqu'il n'y a pas de droit sans sécurité juridique") et sa transcendance ("expression d'exigences supérieures qui lient moralement le juge"). S'agissant ensuite de définir la valeur juridique du principe d'intangibilité, il lui a été facile de révéler sa force supra-décrétale puisque, s'inscrivant dans la lignée de l'opinion dominante de nombreux auteurs et commissaires de gouvernement¹⁶⁹², le Conseil d'État a l'a consacrée dans l'arrêt "Manufacture française des pneumatiques Michelin"¹⁶⁹³ : c'est seulement après avoir estimé que le décret en cause en l'espèce ne portait pas atteinte à l'intangibilité de décisions administratives individuelles que l'Assemblée du contentieux a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé à rencontre. *A contrario*, il faut bien admettre qu'une annulation aurait sans doute sanctionné la violation de droits issus de décisions individuelles définitives. Et si le même arrêt, en faisant entrer l'intangibilité des droits acquis dans le domaine de l'article 34 de la Constitution, soumet incontestablement le principe étudié à la loi¹⁶⁹⁴, cela ne saurait remettre en question la nature de principe général du droit de celle-ci, puisque l'on sait que de tels principes peuvent être tenus en échec par la volonté expresse du législateur¹⁶⁹⁵.

Fort de cette place non négligeable dans la hiérarchie des sources du droit administratif, le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires va, à lui seul, permettre d'assurer le respect des droits des tiers en matière d'exception d'illégalité. Mais si son entremise suffit à fournir une telle garantie, il lui est nécessaire de déployer ses effets en deux points chronologiquement distincts du mécanisme.

¹⁶⁹⁰ *Op. cit.*, pp.60 s.

¹⁶⁹¹ *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, thèse 1954, p.242.

¹⁶⁹² Voir par exemple les conclusions Fournier sur C.E., 26/06/1959, Syndicat général des ingénieurs conseils, *Revue du droit public* 1959, p.1004.

¹⁶⁹³ Arrêt précité.

Et le fait que cet arrêt reconnaisse à l'administration le pouvoir de déterminer la date de création de droits n'enlève rien à cette affirmation : une fois créés et cristallisés, les droits s'imposeront à elle (voir cependant note J.-Y. Vincent sous C.E., 4/07/1975, Delfini, *La semaine juridique* 1977.II, n°18666).

¹⁶⁹⁴ On peut noter cependant que le législateur est parfois tenu de respecter certains droits acquis, notamment ceux qui résultent d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée. Cf notamment la décision précitée n° 88-250 D.C. du 29 décembre 1988, qui rappelle cette limite à propos d'une loi de validation.

¹⁶⁹⁵ Outre la décision du Conseil constitutionnel "Protection des sites" précitée, voir C.C., 24/10/1969, Frais de scolarité à l'Ecole polytechnique, p.32, qui sous-entend que la loi seule peut déroger au principe de la non-rétroactivité des actes administratifs.

II - La double sécurité offerte par le principe d'intangibilité

L'une des manifestations les plus éclatantes du principe d'intangibilité réside dans l'interdiction de soulever la question incidente de la légalité des actes qu'il protège ; il permettra parallèlement aux tiers de ne pas pâtir de la constatation juridictionnelle de l'irrégularité d'un règlement reconnue à l'occasion d'un litige intéressant une mesure d'application de ce dernier.

A. Irrecevabilité de l'exception à l'encontre des actes protégés par le principe d'intangibilité

Le jeu naturel du principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives va garantir la nécessaire sécurité des relations juridiques en excluant tout d'abord l'emploi de la technique de l'exception d'illégalité à l'encontre de ces actes. A ce propos, deux points méritent quelque développement.

1 - L'exacte juxtaposition des domaines de l'irrecevabilité et de l'intangibilité

La prohibition de toute remise en cause incidente des décisions non réglementaires définitives ne se fonde pas seulement, malgré ce qu'ont pu soutenir certains, sur de pures considérations pratiques¹⁶⁹⁶, mais découle en droite ligne du principe d'intangibilité s'attachant à ce type d'actes. Pour preuve, le champ de ce dernier -tel que nous l'avons défini- et celui de l'irrecevabilité de l'exception se superposent parfaitement :

¹⁶⁹⁶ Cf. conclusions J.-M. Galabert sur C.E., 26/04/1964, Dufourniaud (*La semaine juridique* 1964, II, n° 13723) : "il nous semble que la jurisprudence sur l'exception d'illégalité des actes individuels est dominée par (...) le souci, en fait, de réduire au minimum la portée de cette exception : c'est probablement le fondement le plus solide de la règle qui, admettant sans délai l'exception d'illégalité des actes réglementaires, n'admet que dans le délai de recours l'exception d'illégalité des actes individuels, distinction dont les fondements théoriques n'apparaissent pas très clairement". Ce type d'explication demeure insatisfaisant, car un principe aussi bien établi et d'une ampleur telle que celui qui interdit l'exception d'illégalité à l'encontre des actes non réglementaires définitifs doit puiser sa source dans des motifs réellement juridiques, et non pas seulement reposer sur des considérations d'ordre pratique, trop inconsistantes pour lui donner corps.

a) L'irrecevabilité intéresse les seuls actes non réglementaires

En premier lieu, doctrine et jurisprudence ont, depuis de très nombreuses années, établi une nette différence entre les actes présentant un caractère réglementaire et ceux qui en sont dépourvus : si la légalité des premiers peut être remise en cause à toute époque par voie incidente, à l'appui d'un recours formé contre une mesure d'application¹⁶⁹⁷, celle des seconds, une fois écoulé le délai ménagé pour recourir contre eux, devient insusceptible de contestation. Or, c'est bien parce qu'ils sont gouvernés par le principe de mutabilité et non d'intangibilité que les règlements ne créent aucun droit à leur maintien, et qu'il n'est pas gênant que l'exception d'illégalité soit perpétuellement ouverte à leur égard. Au contraire, cette permanence n'est plus envisageable en ce qui concerne les décisions non réglementaires en raison de leur caractère acquisitif : pour elles, "... la stabilité constitue (...) un impératif qui exclut l'exception d'illégalité et exige la consécration des droits acquis par la clôture définitive du contentieux après l'expiration du délai de recours"¹⁶⁹⁸. On est parti de l'idée que la déclaration d'illégalité d'un acte non réglementaire obtenue en vue de l'annulation d'un acte subséquent tendrait à limiter ses effets de façon telle qu'elle "ne serait pas loin d'équivaloir en fait à son abrogation"¹⁶⁹⁹ ; afin de ne pas laisser planer une menace perpétuelle sur un acte qui pourrait, du jour au lendemain, se trouver ainsi vidé de son contenu, on a préféré consacrer à son profit une immunité contre toute tentative de remise en cause tardive.

b) L'irrecevabilité intéresse les seuls actes non réglementaires définitifs

On sait que le principe d'intangibilité ne couvre que les actes non réglementaires qui ne sont plus susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, du fait de l'extinction

¹⁶⁹⁷ Outre les arrêts Dame Delpech et Poulain (précités), voir, reconnaissant que l'illégalité entachant un règlement pouvait être invoquée à toute époque C.E., 13/05/1910, Compagnie des Tramways de l'Est Parisien, p.390 ; la jurisprudence est constante depuis lors. Pour un exemple récent, voir C.E., 29/05/1992, Olivier et autres, p.215.

¹⁶⁹⁸ Conclusions P. Laurent sur C.E., 17/06/1955, Ministre de l'Intérieur et du commerce, *Actualité juridique, Droit administratif* 1955, II, p.290.

¹⁶⁹⁹ J. Barthélémy, "Exception d'illégalité", *Jurisclasseur Dalloz*, fascicule précité, n°68.

Il n'en va pas de même du règlement qui peut servir de base à un nombre d'actes indéterminé : la censure de l'un d'eux suite à la reconnaissance de l'illégalité dudit règlement n'ayant en principe, nous allons y revenir, aucune incidence directe sur les autres mesures d'application.

du délai prévu à cette fin. Or, il nous faut remarquer que la jurisprudence permet à un requérant de soulever, par voie d'exception, l'irrégularité des décisions de cette nature tant que le délai n'est pas expiré¹⁷⁰⁰ ou que, l'acte ayant été déféré au juge en temps utile par un tiers, le contentieux ainsi ouvert n'est pas encore clos¹⁷⁰¹. Même si cette hypothèse demeure assez exceptionnelle en pratique -dans la mesure où l'administré sera plus naturellement porté à solliciter l'annulation, encore matériellement possible, de la mesure en cause-, elle confirme l'identité de domaine du principe d'intangibilité et de l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité tenant à la nature de l'acte en cause.

2 - Une irrecevabilité de principe dans tous les types de contentieux

Une fois l'acte non réglementaire devenu définitif, le principe d'intangibilité qui s'y attache interdit en théorie qu'on puisse désormais contester sa régularité dans quelque contentieux que ce soit :

a) Il en va évidemment ainsi en matière d'excès de pouvoir, et nombreux sont les exemples qu'on peut y relever¹⁷⁰² : même si l'exception était utilement soulevée¹⁷⁰³, le moyen tiré de

¹⁷⁰⁰ L'arrêt de principe (C.E., 4/06/1954, Dlle Leroux, p.348) admettait la recevabilité de la demande de la requérante qui se prévalait, à l'appui de son recours contre des décisions de promotion de certains fonctionnaires, de l'illégalité qui entachaient les nominations de ceux-ci, nominations qui n'étaient pas devenues définitives du fait d'un défaut de publication ;

Pour d'autres solutions significatives, Cf. :

- C.E., 27/01/1969, Syndicat national des cadres des organismes sociaux, p.39 ; *Droit social* 1969, p.273, conclusions M. Baudoin ; *Dalloz* 1969, p.440, note Mme Dutheil de la Rochère ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.159, chron. MM. Dewost et Denoix de Saint Marc ;

- C.E., 3/12/1986, ministre de l'Intérieur c/ Fadil, *Gazette du Palais* 18/19 mars 1987, lettres de jurisp., p.14.

¹⁷⁰¹ C.E., 8/05/1963, Dame Lejaille, p.284 ; C.E., S., 4/01/1964, Limonier, p.2 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p.447, note V.S. ; et, plus récemment, T.A. Nice, 30/06/1994, Mme Elsair, *Revue juridique de l'environnement* 1995, p.129, conclusions N. Calderaro (à noter qu'ici, le recours ayant empêché la forclusion émanait des mêmes justiciables que ceux qui soulevaient l'exception).

Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que la recevabilité de l'exception d'illégalité s'appréciait à la date à laquelle elle est soulevée devant le juge, et non à laquelle ce dernier statue sur l'exception (C.E., S., 9/11/1966, Toumbouros, p.593).

¹⁷⁰² Pour ne prendre que quelques cas significatifs, on peut signaler :

l'illégalité d'un acte réglementaire est irrecevable, qu'il ait été invoqué par le demandeur¹⁷⁰⁴ ou le défendeur à l'action¹⁷⁰⁵.

b) La règle est la même, quoiqu'en pensent certains¹⁷⁰⁶, s'agissant du plein contentieux. Ainsi le Conseil d'État en a-t-il notamment décidé à l'occasion d'une affaire qui concernait le curage des cours d'eau non domaniaux¹⁷⁰⁷ : ces travaux de curage sont prescrits par des arrêtés préfectoraux qui fixent un délai pour leur exécution, délai à l'expiration duquel il est procédé à leur recollement. Les riverains qui ne les ont pas ou insuffisamment exécutés sont mis en demeure d'y procéder dans un certain délai, faute de quoi il y est procédé d'office, et à leur frais. C'est la mésaventure qui était arrivée au sieur Bachimont, et ce dernier entendait obtenir une décharge des sommes qu'on lui réclamait. A cet effet, il excipait de l'illégalité des arrêtés préfectoraux définitifs qui prescrivaient les travaux et leur exécution d'office. La Section du contentieux ne lui a pas donné raison, estimant que, puisque ces décisions n'avaient pas été déférées durant le délai de recours contentieux devant la juridiction administrative, "le sieur Bachimont n'- était - pas fondé à se prévaloir à l'appui de ses conclusions d'une prétendue illégalité desdits arrêtés préfectoraux qui ne présentent pas un caractère réglementaire". Dans le

- L'impossibilité de mettre en cause la légalité d'un arrêté préfectoral fixant des périmètres de remembrement, constituant des commissions de remembrement et désignant leurs membres (C.E., 4/03/1988 Bacrot et 5/10/1988, Dame Chardonnet, p.973).

- L'impossibilité de mettre en cause la légalité d'un décret autorisant la création de tranches d'une centrale nucléaire (C.E., 30/06/1989, Ministre de l'Industrie c/ État de Sarre, p.155 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.333, conclusions M. Fornacciari, et p.340, note V. Hétier ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.857, note L. Dubouis).

On trouve également de très nombreux cas en matière de fonction publique (Cf. par exemple C.E., 26/04/1964, Dufourniaud, p.261 ; *La semaine juridique* 1964, II, n°13723, conclusions J.-M. Galabert ; et C.E., 11/10/1985, Gautier, p.455).

¹⁷⁰³ Dans le cas contraire, on sait que le moyen serait considéré comme inopérant, les irrégularités qui entachent l'acte étant sans influence sur la légalité de la décision attaquée : outre les développements consacrés à ce problème en première partie, voir en particulier C.E., S., 22/11/1963, Sieur Vanesse, p.577.

¹⁷⁰⁴ Et cela alors même que la personne en cause n'aurait pas eu, au moment de l'intervention de l'acte dont elle invoque incidemment la légalité, intérêt à le contester (Cf. l'arrêt Dufourniaud précité).

¹⁷⁰⁵ Est ainsi irrecevable l'argument de l'administration consistant à exciper, pour s'opposer aux prétentions du demandeur, de l'illégalité de décisions individuelles dont elle n'a pas tenu compte ou dont elle n'a pas tiré les effets (C.E., S., 17/07/1950, Mathieu, p.439) ; cela vaut notamment dans le contentieux des pensions (C.E., S., 12/03/1976, Ministre de l'Équipement c/ dame Bonet, p.153).

¹⁷⁰⁶ CFA conclusions M. Pochard précitées sur l'arrêt Elections cantonales de Chauffailles, *Revue française de droit administratif* 1991 p.583

¹⁷⁰⁷ C.E., S., 01/10/1966, Bachimont, p.510 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.635, note P. Gautron.

même ordre d'idée, si le Conseil d'État a admis que l'illégalité d'un refus de renouvellement d'autorisation d'occupation domaniale ou l'irrégularité d'un retrait de celle-ci pouvaient être valablement excipées devant le juge des contraventions de grande voirie, il a expressément limité cette permission aux hypothèses dans lesquelles de tels refus ou retraits n'étaient pas devenus définitifs¹⁷⁰⁸.

Le champ d'application du principe d'intangibilité en tant que limite à la recevabilité d'un moyen de légalité incident s'avère donc à la fois assez étroit - puisqu'il ne concerne qu'une catégorie déterminée d'actes, et à la stricte condition qu'ils soient devenus définitifs -, et relativement large - dans la mesure où, une fois ces conditions remplies, tous les types de contentieux y sont soumis. Mais son rôle ne se cantonne pas à préserver un certain nombre de décisions de la soumission au mécanisme de l'exception : il participe au surplus à sauvegarder les situations individuelles qui ont pu naître sur la base d'un acte dont l'irrégularité, à l'occasion d'un litige donné, a fait l'objet d'une simple constatation juridictionnelle.

B. Paralysie des effets de la déclaration d'illégalité à l'égard des actes protégés par le principe d'intangibilité

Nous nous contenterons de mettre ici en perspective une idée qui a déjà donné lieu à maints développements : celle de la bipolarité classiquement prêtée au mécanisme de l'exception. Il convient en effet d'établir un lien direct entre cette conception et le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives. Ce dernier ne se contente pas de limiter le nombre d'actes susceptibles de faire l'objet d'une exception d'illégalité ; il commande d'autres règles, telles que l'interdiction du retrait ou de la modification des décisions qu'il protège¹⁷⁰⁹. C'est à ce titre qu'il va jouer un rôle important dans la détermination des effets traditionnels des simples déclarations d'illégalité : si le seul acte-conséquence qui subit automatiquement le contrecoup de l'appréciation portée par le juge est celui en vue de l'annulation duquel le moyen incident a été soulevé¹⁷¹⁰, c'est bien dans le but d'éviter que ladite

¹⁷⁰⁸ Voir, mettant fin à une jurisprudence contradictoire sur ce point précis, C.E., S., 26/07/1982, Boissier, Palanque et Henri, p.302, conclusions P. Dondoux ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.696, chronique B. Lasserre et J.-M. Delarue.

¹⁷⁰⁹ Voir respectivement pour le retrait, la jurisprudence Dame Cachet (précitée), et pour la sanction d'une modification, C.E., 16/04/1937, Clauss, p.397. Et pour plus de précisions sur cette fonction du principe d'intangibilité, R. Muzellec, *op. cit.*, p.236 s.

¹⁷¹⁰ Sur ce problème, voir *supra*, Partie I, Titre préliminaire.

appréciation ne rejaillisse sur des situations déjà cristallisées et juridiquement protégées¹⁷¹¹. A la base de l'autorité relative de chose jugée que revêt la simple déclaration d'illégalité, on trouve donc la préoccupation d'assurer la sécurité des relations juridiques, souci dont nous savons que la traduction n'est rien d'autre que le principe d'intangibilité.

En limitant à la fois le nombre d'actes susceptibles de faire l'objet d'une contestation par voie d'exception et la portée de la reconnaissance incidente d'une irrégularité par le juge, le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives garantit les administrés contre une remise en cause abusive des situations dont ils bénéficient. Le mécanisme de l'exception ne peut *a priori* se développer que dans les interstices qu'il ne couvre pas, à savoir à l'égard des règlements et des décisions à l'encontre desquelles le délai contentieux continue de courir. Mais on ne peut expliquer l'entière faiblesse des effets classiques de la simple déclaration d'illégalité en arguant seulement du souci de défense des administrés : certaines règles ne correspondent aucunement, à l'évidence, au désir de ne pas bouleverser de droits subjectifs, et n'ont été instaurées que pour satisfaire l'intérêt de l'administration elle-même.

Paragraphe 2. Les précautions prises au profit de l'action administrative

Il serait abusif de penser que l'administration doit bénéficier d'un principe qui, à l'instar de celui qui assure l'intangibilité à certaines situations individuelles, garantirait la pérennité de son action. Certes, une des fonctions de l'existence d'un délai de recours consiste, par l'interdiction de solliciter l'annulation d'une décision administrative à l'issue de celui-ci, à conférer une certaine efficacité et sécurité aux normes qui ont pu être édictées ; mais nous savons qu'il ne s'agit là que de défendre, par delà l'action administrative, l'intérêt général qu'elle est censée incarner. Il n'en reste pas moins que le juge se montre assez soucieux, lorsqu'il est confronté à une mesure irrégulière mais définitive, de ne pas adopter de solutions qui entraveraient à l'excès la bonne marche de l'action administrative, et ce sans qu'interfère dans son raisonnement la préoccupation de sauvegarde de quelconques droits subjectifs. Deux règles auxquelles nous avons déjà été confrontés en témoignent :

¹⁷¹¹ On sait en effet qu'en principe, celles-ci ne peuvent pâtir ni spontanément, ni indirectement de la déclaration d'illégalité (*ibid.*).

I - En amont du litige : les règles de l'utilité de l'exception

Il n'est en principe permis aux administrés qui souhaitent remettre en cause, par voie d'exception, une décision de caractère réglementaire, de soulever ce moyen qu'au soutien d'un recours pour excès de pouvoir intenté contre une mesure d'application du texte en question, faute quoi leur sera opposé l'inutilité de leur argumentation¹⁷¹². Les fondements de cette exigence se conçoivent aisément : s'il paraît souhaitable d'autoriser le juge, saisi d'un recours contre un acte, à écarter un règlement illégal qui trouvait précisément à s'appliquer en l'espèce, il s'agit parallèlement d'éviter que, prenant prétexte d'un litige totalement indépendant, un justiciable puisse remettre en cause incidemment un texte protégé par l'expiration des délais de recours¹⁷¹³. En exigeant qu'un lien étroit unisse acte attaqué au principal et acte argué d'irrégularité, le Conseil d'État prouve son souci de protection de l'action administrative par rapport aux perturbations excessives qu'induirait une poursuite implacable des atteintes aux principes de légalité hors de la période prévue pour leur sanction. Notons que l'instabilité juridique qu'engendrerait une admission trop large du mécanisme de l'exception ne porterait ici préjudice qu'à l'action administrative, puisqu'elle affecterait les actes réglementaires qui n'entrent pas, on l'a vu, dans le champ des décisions que protège, au profit des administrés, le principe d'intangibilité¹⁷¹⁴.

II - En aval du litige : la survie de l'acte déclaré illégal

La règle qui s'oppose à la disparition de la décision incidemment convaincue d'illégalité et à la résurrection corrélative de la norme antérieure repose sur la même préoccupation de minimiser la gêne causée par la découverte tardive d'une irrégularité. Il n'apparaît pas souhaitable de recréer les conditions d'un pseudo recours pour excès de pouvoir et, pas plus

¹⁷¹² Voir *supra*, Partie I, Titre préliminaire.

¹⁷¹³ Voir en ce sens J. Barthélémy, *Jurisclasseur Dalloz*, fascicule précité, n°19 : "il ne s'agit pas de rétablir, une fois expiré le délai de recours pour excès de pouvoir, une sorte de recours populaire, mais seulement de permettre au juge dans les limites de l'espèce particulière soumise à son examen, d'écarter un règlement illégal qui trouverait à s'appliquer spécialement et directement dans cette espèce. C'est dire également que tout intéressé extérieur à un tel litige principal n'est pas recevable à agir".

¹⁷¹⁴ On peut à l'inverse penser que les règles de l'utilité de la contestation incidente d'un acte non réglementaire (Cf. Partie I, Titre préliminaire), sont, elles, plutôt destinées à protéger les particuliers qui en bénéficient. Mais leur étude nous a montré que le juge leur octroie une place secondaire, à ce propos, par rapport au principe d'intangibilité qui verrouille la recevabilité du moyen, ce qui se manifeste notamment par une permissivité certaine par rapport à celles qui gouvernent l'utilité de l'exception visant un acte réglementaire (*ibid.*).

qu'on ne permet la remise en cause par voie d'exception de toute décision administrative, on se refuse à faire disparaître celles d'entre elles dont l'illégalité est désormais

avérée¹⁷¹⁵. L'expiration des délais de recours joue une fois encore en faveur de l'action administrative : en présence d'un acte réglementaire déclaré illégal, il est bien évident que l'administration se satisfait plus du *statu quo* - qui lui permet de décider à sa guise d'abroger l'acte, de le modifier, voire de tenter de le laisser en l'état - que d'une remise en cause autoritaire de son texte, qui l'obligerait à appliquer, du moins pour un certain temps, la norme antérieure qu'elle pensait disparue, et qui apparaît parfois totalement inadaptée aux réalités contemporaines.

Cette approche de la logique sous-tendant la présentation classique des effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité - logique qui déborde, nous l'avons vu, largement ce strict domaine pour animer respectivement l'organisation générale du recours pour excès de pouvoir et celle du mécanisme de l'exception - va nous permettre de mieux saisir le dépassement de la conception qui distinguait nettement les uns et les autres (Titre I). Une fois ce phénomène mis en lumière, il nous incombera de le soumettre à une appréciation critique (Titre II).

¹⁷¹⁵ Voir en ce sens les conclusions A. Bacquet précitées sous l'arrêt Bargain ; ainsi que G. Peiser, *art. cit. in Mélanges offerts à J.-M. Auby*, pp.277 s. et particulièrement p.279 : "L'exception d'illégalité peut être soulevée sans délai. Lui attacher les mêmes conséquences qu'à l'annulation entraînerait une instabilité considérable des rapports juridiques".

TITRE I

DECOUVERTE DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE

CLASSIQUE

Les paramètres traditionnels qui expliquaient l'importante différence de traitement entre les conséquences des divers modes de constatation d'une illégalité, ont subi de profonds bouleversements par rapport à leur appréhension initiale. En étudiant cette évolution, nous serons mieux à même de comprendre la dynamique ayant suscité l'atténuation de la dichotomie classique telle que présentée dans la première partie de notre recherche (Sous-titre I). Mais, au delà, l'exploration ainsi menée nous poussera à affirmer que la matière n'a pas connu un simple rapprochement de ses deux pôles, mais bien un dépassement de leur isolement, par la vertu d'une notion régulant indifféremment l'un et l'autre (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I

LES FACTEURS DU DEPASSEMENT

La vision classique opposant la souveraineté du souci de légalité en matière d'annulation et le fait que celui-ci soit extrêmement concurrencé dans le mécanisme de l'exception, est aujourd'hui remise en cause d'un double point de vue : tout d'abord, parce que, lorsqu'il prononce l'annulation, le juge de l'excès de pouvoir doit en pratique tenir compte d'intérêts contraires, ce qui l'amènera nécessairement à exercer une certaine conciliation entre ceux-ci, à la manière de ce qu'exige la simple déclaration d'illégalité (Chapitre 1). D'un autre côté, concernant cette dernière technique, on assiste à un renforcement notable du principe de légalité qui prend le pas, dès que possible, sur les autres intérêts en présence (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA PRISE EN COMPTE D'INTERETS SUBJECTIFS CONTRADICTOIRES PAR LE JUGE DE L'ANNULATION

Comme toute construction trop théorique, l'idée traditionnelle qui faisait du recours pour excès de pouvoir une simple arme au service de la défense de la légalité, abstraction faite de l'intérêt propre du requérant, était une utopie vouée à démenti. De fait, la réalité contentieuse a bien vite infirmé cette vision primitive, et la doctrine été amenée à prendre acte de ce que, malgré son caractère intrinsèquement objectif, la demande d'annulation traduisait très souvent la volonté d'obtenir certains avantages précis. Le requérant ne se présentait plus comme un "justicier", mais comme un justiciable animé de préoccupations plus égoïstes¹⁷¹⁶. A partir de cette évidence première, est née l'idée que le recours pour excès de pouvoir ne différait finalement en rien du lot commun des actions en justice ; et en premier lieu relativement au fait que les acteurs principaux au litige méritaient à part entière la qualification de "parties", malgré les dénégations doctrinales¹⁷¹⁷ et jurisprudentielles¹⁷¹⁸. Un ouvrage a d'ailleurs été exclusivement consacré à cette démonstration¹⁷¹⁹, et il semble en effet qu'il faille s'y rallier, ne serait-ce qu'à la lumière d'une simple constatation : le requérant, comme l'administration défenderesse, détiennent le droit d'interjeter appel du jugement -de rejet ou d'annulation- rendu en première instance¹⁷²⁰; or, en vertu d'une règle générale de procédure¹⁷²¹, cette prérogative appartient aux seules "parties" qui s'y sont affrontées¹⁷²².

L'admission de cette notion de "parties" au sein même du recours pour excès de pouvoir reflétait un changement de perspectives plus radical : même si l'on ne s'en tient pas aveuglément à la définition proposée par M. Kornprobst, qui voit dans la *partie* "une personne juridique qui agit en justice dans le but de faire valoir un droit ; cette définition – correspondant - aussi bien

¹⁷¹⁶ Rappelons notamment l'idée de "recours personnalisé" introduite par P. Weil afin d'assouplir la trop stricte perception de l'objectivité du recours (*op. cit.* p.22).

¹⁷¹⁷ Voir notamment Laferrière, *op. cit.* t. II, p.561.

¹⁷¹⁸ Les arrêts précités "Société Dockès frères" et "de Villèle" (dont le premier est un arrêt d'Assemblée) soutiennent en effet sans détours que "le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties".

¹⁷¹⁹ B. Kornprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, *op. cit.*

¹⁷²⁰ Ce pouvoir n'existe que depuis que la réforme de 1953 a introduit le double degré de juridiction : auparavant, la compétence directe du Conseil d'État pour connaître des recours pour excès de pouvoir l'excluait naturellement.

¹⁷²¹ Rappelée par l'article R.228 du Code T.A.- C.A.A.

¹⁷²² Jurisprudence constante depuis l'arrêt C.E., 24/05/1938, Bruelle, p.460 ; pour quelques arrêts plus récents, voir notamment C.E., 16/03/1977, Epoux Maffey, p.152 ; et 9/01/1985, Société Manufacture du Val de Vienne, p.8 ; *La semaine juridique* 1986, n°20549, note O. Gohin : "en vertu des principes généraux de la procédure, le droit de former appel des décisions de justice n'est pas ouvert aux personnes qui n'ont pas été en cause dans l'instance sur laquelle a statué la décision qu'elles critiquent ; (...) il suit de là que si le ministre qui n'a pas été mis en cause pouvait faire opposition (...), il est sans qualité pour faire appel".

Certains juristes se sont montrés longtemps réfractaires à l'idée de "partie" dans un contentieux purement objectif, et, malgré l'admission nécessaire de la faculté de faire appel d'un jugement rendu en excès de pouvoir, ont tenté d'expliquer la chose en éludant ce concept : ainsi le commissaire du gouvernement Mosset dans ses conclusions sur l'arrêt C.E., 6/01/1956, Sous-préfet de Thionville (*Revue du droit public* 1956, p.343) avait-il proposé de distinguer entre la notion de "partie" que continuerait d'ignorer le recours pour excès de pouvoir et celle de "personne en cause". Cette distinction, qui ne repose sur aucune différence de nature, ne s'avère nullement opératoire. Pour une autre négation de l'idée de partie dans le contentieux de l'excès de pouvoir nonobstant l'introduction de l'appel par la réforme de 1953, Cf P. Louis-Lucas, "Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction", *Dalloz* 1957, chron., p.115.

au demandeur qu'au défendeur"¹⁷²³, on suppose que le juge ne pourra plus s'en tenir à la seule préoccupation de rétablissement de la légalité de l'action administrative, mais devra peu ou prou s'intéresser aux positions respectivement adoptées par les deux parties au litige. Difficile en effet de négliger la prétention essentiellement subjective de l'administré, au même titre qu'il paraît délicat d'ignorer l'intérêt de l'autorité administrative à voir son acte sauvé de la censure juridictionnelle. Il n'est donc pas étonnant d'avoir progressivement assisté à "l'apparition d'éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir"¹⁷²⁴, et ce d'autant plus qu'il s'est rapidement avéré que les tiers eux aussi, en dépit de ce qui était classiquement soutenu, pouvaient se prévaloir de véritables droits les préservant des influences néfastes qu'une annulation juridictionnelle aurait normalement dû produire sur leur situation.

SECTION 1. L'ATTENTION PORTEE AUX PREOCCUPATIONS DES PARTIES

M. Kornprobst a montré que la recevabilité d'un administré (ou d'un groupement) à former une demande d'annulation d'un acte administratif, ainsi que la détermination de l'organe administratif compétent pour répondre au recours, étaient largement fonction de considérations subjectives, matérialisées par les notions d'intérêt à agir et de grief¹⁷²⁵. Dans l'optique qui est la nôtre, il convient de dépasser ce stade et de s'interroger sur le point de savoir si, en apportant réponse au litige, le juge se montre sensible, par delà la simple question de la confrontation objective de l'acte qui lui est soumis avec les sources de la légalité, aux motivations qui peuvent animer chacune des parties¹⁷²⁶. Or, force est de constater que la vision traditionnelle qui s'opposait à la prise en compte d'éventuels droits du requérant ou de l'intérêt de l'administration au maintien de sa décision, est aujourd'hui largement battue en brèche.

¹⁷²³ *Op. cit.* p.12.

Si l'on peut concevoir en effet que le requérant soit animé d'une préoccupation aussi subjective que la reconnaissance d'un droit à son profit, il ne saurait en aller de même, nous l'avons déjà dit, pour ce qui est de l'administration. Mais cela ne saurait constituer un obstacle au fait que cette dernière puisse être qualifiée de partie à part entière, et défendre à ce titre la gestion de l'intérêt général qu'elle a privilégiée. Comme le remarque en effet R. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n°158), l'exclusion traditionnelle "procède de la croyance que ne méritent la qualification de "parties" que les personnes qui s'affrontent relativement à un droit subjectif, dont l'une réclame la reconnaissance à son profit personnel, ce à quoi l'autre s'oppose parce que la reconnaissance de ce droit équivaldra à celle d'une obligation à sa charge. Or il est aisé de faire apparaître que la notion de partie n'est pas ainsi restreinte : il suffit de se référer à la situation (...) du ministère public poursuivant une infraction. Sa qualité de "partie", au procès pénal, est tout à fait certaine ; elle lui permet, notamment, de faire appel du jugement de premier ressort, comme par la suite de saisir la Cour de cassation. Et pourtant, il est tout aussi certain qu'il n'agit pas dans son intérêt personnel mais, selon la formule traditionnelle, comme représentant de la société".

¹⁷²⁴ Pour reprendre les termes mêmes du titre de l'article de M. Letourneur, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1953, n°7, p. 66.

¹⁷²⁵ *Op. cit.* pp.125 s. et pp. 165 s.

¹⁷²⁶ Cette interrogation n'est cependant pas dépourvue de tout lien avec la précédente. Cf. en particulier en ce sens la note J. de Soto sous l'arrêt Demoiselle Cavalier, *Revue du droit public* 1957, p.153 : la détermination subjective de l'intérêt à agir en considération d'une situation particulière et individuelle ne constitue pas seulement "une justification du droit de saisir le juge d'un recours contentieux" ; dans la mesure où l'"intérêt et l'argumentation au fond sont liés", le juge fera nécessairement porter son examen sur ladite situation.

Paragraphe 1. Sensibilité du juge de l'excès de pouvoir aux droits du requérant

Le juge de l'annulation n'est pas l'automate que nous présentait la conception classique du recours pour excès de pouvoir, insoucieux de la position du requérant, car obsédé par la seule question de la légalité de l'acte qui lui était déféré. Il lui arrive au contraire fréquemment de consacrer l'existence d'un droit au profit de ce dernier, ce que vient d'ailleurs de corroborer un récent texte de loi¹⁷²⁷. C'est à dessein que nous parlons de corroboration, et non d'autorisation, car il n'a pas fallu attendre les récentes dispositions législatives pour qu'un jugement rendu en excès de pouvoir puisse se faire l'écho de la motivation profonde du particulier ou du groupement l'ayant suscité, motivation qui dépasse la simple volonté de faire respecter le principe de légalité et de voir disparaître la décision qui y contrevenait.

I - L'objet réel du recours intenté est essentiellement subjectif

Le requérant en excès de pouvoir poursuit en priorité, malgré ce qui a pu être initialement soutenu, la défense de son intérêt propre¹⁷²⁸. Si cette assertion s'admet sans trop de difficultés lorsqu'est mise en cause une décision individuelle - voire une décision collective -, elle apparaît également valable, en dépit des apparences, pour ce qui est de la contestation d'une mesure générale, et notamment réglementaire.

A. La contestation d'une décision individuelle

Léon Blum est le premier à avoir risqué une distinction de nature entre les jugements d'annulation rendus à l'encontre de décisions individuelles et ceux censurant un acte général et impersonnel, ces derniers se pliant seuls à la vision classique. S'adressant aux membres du Conseil d'État à propos de l'affaire Boussuge¹⁷²⁹, le célèbre commissaire du gouvernement n'hésita pas à affirmer que "chaque fois que le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte nominatif visant un individu ou une catégorie d'individus (...), vos décisions consacrent des droits, elles les précisent, elles les définissent, elles les distribuent...". Pour étayer cette position reprise quelques années plus tard par Raphaël Alibert¹⁷³⁰, deux types de considérations seront pris en compte.

1 - Le requérant peut désirer l'obtention d'un avantage pécuniaire

L'administré qui intente un recours pour excès de pouvoir a fréquemment pour but, par ce biais, de justifier l'octroi à son profit d'une certaine somme d'argent :

a) Il en va ainsi tout d'abord lorsque l'annulation poursuivie a pour effet direct de faire reconnaître une obligation pécuniaire qui pesait à la charge de l'administration. Nous faisons

¹⁷²⁷ Sur ce point, voir *infra*, les différentes allusions à la loi du 8 février 1995.

¹⁷²⁸ "Psychologiquement, le demandeur ne raisonne absolument pas comme une sorte de ministère public. Il conteste la légalité d'un acte administratif pour la seule et unique raison qu'il- porte préjudice à des intérêts qu'il estime légitimes et déplore de voir méconnus". B. Kornprobst, *op. cit.*, p.250.

¹⁷²⁹ Conclusions précitées.

¹⁷³⁰ *Op. cit.* pp.57-58 : pour lui, le recours pour excès de pouvoir, "à l'égard des actes individuels, (...) se confond pratiquement avec le recours de pleine juridiction (...) notamment parce que dans bien des cas les requérants allèguent de véritables droits".

évidemment référence ici à la fameuse jurisprudence *Lafage*¹⁷³¹ en vertu de laquelle on a autorisé le requérant à obtenir du juge de l'excès de pouvoir qu'il censure un refus de versement de certaines sommes auxquelles il avait droit, ce qui suppose inévitablement que l'administration devra y procéder¹⁷³². Une telle permission, commandée certes, du moins à l'origine, par des considérations basement pratiques¹⁷³³, n'en a pas moins pour conséquence directe de mettre sur le même plan recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux (seule voie de droit autorisée avant l'arrêt *Lafage* pour le traitement de ce type de litiges en raison de leur objet pécuniaire¹⁷³⁴), puisque le requérant dispose en conséquence d'une option : soit il sollicite une condamnation explicite de l'administration au paiement des sommes en cause, auquel cas il sera considéré comme actionnant le juge de pleine juridiction¹⁷³⁵ et devra en principe se faire représenter ; soit il limite ses conclusions à l'annulation de la décision administrative qui fait obstacle au versement de l'argent auquel il a droit, recours pour excès de pouvoir qui, s'il aboutit, induira pour l'administration l'obligation d'y procéder¹⁷³⁶. Et ce n'est pas le cantonnement de la jurisprudence *Lafage* auquel on assiste à l'heure actuelle¹⁷³⁷ qui remettra en cause l'intérêt théorique de celle-ci, intérêt résidant tout

¹⁷³¹ C.E., 8/03/1912, p.348 ; *Revue du droit public* 1912, p.266, note Jèze ; *Sirey* 1913.3, p.7, conclusions Pichat et note Hauriou.

¹⁷³² Le requérant peut également, dans le cadre de cette jurisprudence, obtenir l'annulation d'une décision qui mettait à sa charge certaines obligations pécuniaires : voir, pour une demande d'annulation de sanction pécuniaire prononcée par le Conseil des bourses de valeur, C.E., Ass., 4/03/1991, Le Cun ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.358, chron. R. Schwartz et C. Maugué ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.613, conclusions M. de Saint-Pulgent.

¹⁷³³ Il s'agissait en effet de dispenser ces recours du ministère d'avocat et des frais correspondants, étant donné que ces honoraires dépassaient souvent le montant des sommes en jeu dans le litige et constituaient un facteur de renoncement à la poursuite de la résolution de ce dernier par le juge administratif. A noter que cette considération, parfaitement valable s'agissant du contentieux pécuniaire de la fonction publique (matière dans laquelle a vu le jour la jurisprudence *Lafage*), doit être relativisée lorsqu'on sait que la solution a depuis longtemps débordé le cadre de ce contentieux pour toucher divers domaines dans lesquels les sommes en jeu apparaissent plus importantes. Il en va notamment ainsi des litiges relatifs au refus de versements de primes instituées par certaines législations (en matière de primes à la construction, Cf. C.E., 16/12/1966, S.C.I. de Basse-Yutz, p.670 ; et de primes à la suppression de locaux industriels, C.E., 9/02/1968, Société La Foncière des Champs-Élysées, p.109).

¹⁷³⁴ Cf par exemple C.E., 15/02/1907, Théveneau, *Dalloz* 1908, 3, p.92.

¹⁷³⁵ Voir notamment C.E., 7/11/1990, Delfau, p.917 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.142, conclusions C. de Montgolfier ; *Les petites affiches* 12/04/1991, p.19, note J.-Y. Plouvin : l'existence de conclusions visant à l'octroi direct d'un avantage pécuniaire confère "à l'ensemble de la requête le caractère d'une demande de plein contentieux".

¹⁷³⁶ Nous sommes ici en présence d'un recours pour excès de pouvoir à part entière, et qui obéit totalement aux règles qui gouvernent cette voie de droit. Ainsi, les seuls moyens que l'on puisse soulever à son appui sont des moyens de légalité, qui peuvent englober, comme c'est naturel, des questions d'exactitude matérielle ou de qualification juridique de faits (Cf C.E., 12/02/1954, Bierge, p.99 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1954, II bis, p.8, chron. F Gazier et M. Long : droit au supplément familial de traitement d'un fonctionnaire qui supportait la charge de plusieurs enfants). On ne saurait au contraire étayer sa demande d'annulation d'un moyen nécessitant l'appréciation d'une responsabilité (C.E., 17/03/1954, Pettier, p.165 : est considérée comme recours de plein contentieux -et donc irrecevable faute de ministère d'avocat- la demande d'annulation d'une décision ayant déclaré un fonctionnaire débiteur d'une certaine somme d'argent en conséquence d'un vol commis dans son service).

¹⁷³⁷ Dans le but d'unifier les chefs de compétence des Cours administratives d'appel nouvellement instituées, le Conseil d'État a en effet décidé, en 1988, que ressortissaient nécessairement au plein contentieux les recours en annulation des états exécutoires (C.E., S., 27/04/1988, Mbakam, p.172 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.438, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre) ou des ordres de versement ou de reversement (C.E., S., 23/12/1988, Cadilhac, p.465 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.254, conclusions M. Fornacciari). Ces nouvelles et importantes limites de la jurisprudence *Lafage* s'ajoutaient à certaines plus anciennement consacrées, telles l'exclusion de l'option en matière de contestations d'arrêtés de débit (C.E., 23/06/1965, Cie normande d'études, p.387) ou de décisions opposant à un créancier la prescription quadriennale (C.E., 20/11/1970, Livet, p.693). Mais surtout, elles constituèrent le point de départ d'un mouvement jurisprudentiel tendant à circonscrire de plus en plus le champ d'application de la construction étudiée (Cf. notamment C.E., 12/10/1992, Galy-Dejean, p.366 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.84, chronique C. Maugué et R. Schwartz ;

entier dans l'idée que la motivation première de l'administré qui s'adresse au juge de l'annulation peut ne diverger en rien de celle qui anime un recours à objet purement pécuniaire.

b) Un autre schéma trahit avec évidence les préoccupations financières qui peuvent conduire un administré à intenter un recours pour excès de pouvoir : celui dans lequel l'annulation demandée a pour but de mettre en lumière une illégalité administrative afin d'obtenir consécutivement la réparation du dommage que celle-ci a pu occasionner. Il est certes conceptuellement envisageable de scinder ce cheminement en deux démarches distinctes, la première ne tendant qu'à fustiger l'atteinte au principe de légalité, la seconde faisant jouer celui de responsabilité de l'administration eu égard aux dommages que son action est susceptible d'engendrer. Mais cette interprétation s'avère une fois de plus par trop théorique, et il est difficile d'ignorer que les visées financières transcendent la barrière figurée par la dualité des contentieux : comment en effet ne pas estimer que l'objectif réel du requérant en excès de pouvoir n'est autre que l'allocation de dommages-intérêts, surtout lorsque celui-ci présente conjointement ses conclusions tendant à l'annulation de l'acte illégal et celles sollicitant la réparation du dommage qu'il a suscité, liaison permise par la jurisprudence¹⁷³⁸ et fréquemment effectuée en pratique¹⁷³⁹ !

2 - Le requérant peut désirer protéger ou améliorer sa situation individuelle

Même s'il ne vise pas un avantage financier, le requérant en excès de pouvoir qui attaque une décision individuelle lui faisant grief souhaite presque toujours, du moins lorsqu'il ne se contente pas d'invoquer de simples illégalités externes mais conteste le bien-fondé de l'acte litigieux, tirer un bénéfice personnel de sa démarche contentieuse, attendant consciemment ou non de la juridiction qu'elle consacre à son profit quelque chose qui ressemble à un droit¹⁷⁴⁰. Cela se vérifie aussi bien lorsqu'il met en cause une décision positive - c'est-à-dire modifiant l'ordonnancement juridique existant - que lorsqu'il conteste une mesure négative - refus implicite ou explicite opposé par l'autorité administrative à une demande qu'il lui a adressée. Dans le premier cas, il estime abusive la modification de sa situation décidée par l'administration et va lui opposer un droit à sa stabilité ; dans le second, au contraire, il va s'efforcer de démontrer que c'est le refus de modifier sa situation qui constitue l'abus, parce qu'il détient des textes applicables un droit au changement qu'il sollicitait. Quelques exemples peuvent illustrer chacun de ces deux cas de figure : ainsi, pour ce qui est des décisions négatives, la demande d'annulation d'un refus d'octroi de permis de construire, de délivrance

Revue du droit public 1993, p.239, conclusions G. Le Chatelier ; ainsi les conclusions J. Arrighi de Casanova sur C.E., 22/07/1994, Centre hospitalier Gérard Marchand, *Les petites affiches*, 16 novembre 1994, p.5 ; et pour une présentation du phénomène dans une problématique plus large, voir M. Bernard, "Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?", *Actualité juridique, Droit administratif*, 1995 n° spécial du cinquantenaire, p.190).

¹⁷³⁸ C.E., 31/03/1911, Blanc, Argaign, Bezie, précité.

¹⁷³⁹ Peu importe donc que les conclusions ainsi juxtaposées conservent leur identité contentieuse, comme en témoigne notamment l'arrêt du 16/10/1964 Dame Veuve Lastapis (*Dalloz* 1964, p.90, note D. Granjon), dans lequel le Conseil d'État a dissocié à l'intérieur d'une même requête conclusions en excès de pouvoir et conclusions en indemnité, seules ces dernières étant déclarées irrecevables faute d'avoir été présentées par l'entremise d'un avocat. Le fait de saisir concurremment le juge de l'annulation et celui de l'indemnité montre bien que l'objectif premier -et ultime- du justiciable consiste essentiellement dans l'octroi des dommages-intérêts qu'il réclame.

¹⁷⁴⁰ L'objet du droit dont la reconnaissance est sollicitée se confond d'ailleurs, nous allons le voir, avec la disparition du grief exigé du requérant pour qu'il puisse saisir le juge de l'excès de pouvoir.

d'une décoration ou d'une permission de voirie apparaît en pratique le plus souvent sous-tendue par le désir de se voir reconnaître par le juge le droit à l'obtention de la faveur ou de l'autorisation espérée. Inversement, lors de la mise en cause d'une mesure positive, tel un acte affectant le déroulement normal de la carrière d'un fonctionnaire, un arrêté d'expulsion, un retrait d'une décision antérieure qui bénéficiait au requérant (etc...), ce dernier argumentera fréquemment qu'il détenait un droit au *statu quo*, espérant par là-même que le juge reconnaîtra l'existence de celui-ci et le protégera en conséquence¹⁷⁴¹. Il ne faut pas d'ailleurs croire, à la lumière des exemples précédents, que seuls sont concernés les litiges portant sur des décisions individuelles défavorables à leur destinataires : un agent public qui s'oppose à la nomination, la promotion d'un collègue ou au bon classement de celui-ci dans un tableau d'avancement, un pharmacien contestant l'autorisation d'ouvrir une officine accordée à un concurrent, un particulier désirant l'annulation d'un permis de construire accordé sur un terrain voisin, agissent eux aussi dans le but de protéger leur situation propre contre les conséquences préjudiciables que la mesure en cause est susceptible d'engendrer. Et malgré ce qu'on pourrait être tenté de penser, ces préoccupations subjectives ne sont pas absentes du contentieux de l'excès de pouvoir relatif aux mesures de portée plus générale.

B. La contestation d'une mesure générale

Pour Léon Blum¹⁷⁴², lorsque est mise en cause une mesure générale devant le juge de l'excès de pouvoir, ce dernier ne se demande plus "si l'acte attaqué a méconnu un droit appartenant au requérant", la seule question soulevée redevenant celle de la légalité dudit acte. Il est vrai que les moyens susceptibles d'être alors soulevés excluent toute référence à de quelconques droits au maintien d'une situation. Ne peut-on pourtant, ici encore, au-delà de l'argumentation par définition objective mise en avant par le requérant, identifier bien souvent une démarche essentiellement subjective ? Il ne s'agit certes pas d'adopter la conception pour le moins paradoxale de ceux qui reconnaissent "un droit subjectif des administrés au respect de la légalité"¹⁷⁴³, tant elle ruine, par la confusion qu'elle apporte, tout intérêt à la distinction des contentieux objectif et subjectif¹⁷⁴⁴. On remarquera plutôt que celui qui conteste une mesure générale défend fréquemment son intérêt propre - quand bien même les retombées de la décision d'annulation concerneront également des tiers dont le nombre peut être fort élevé -, intérêt qui consiste à ne pas être soumis à la mesure litigieuse : il en va assurément de la sorte lorsque le demandeur est un groupement et que l'acte attaqué touchait directement les intérêts matériels ou moraux de la catégorie d'individus qu'il représente, la situation s'apparentant alors à celle du particulier qui conteste une mesure individuelle afin de l'empêcher d'influer sur sa situation juridique¹⁷⁴⁵. Mais on pense de la même manière à l'hypothèse dans laquelle c'est une

¹⁷⁴¹ Cela apparaît avec une particulière évidence en matière de retrait : l'administré a tout intérêt à démontrer que la décision que l'administration entend rétroactivement effacer créait des droits à son profit, afin de se voir appliquer les règles restrictives qui s'attachent au retrait de ce type d'actes. L'arrêt de principe en la matière (arrêt Dame Cachet, précité) trahit d'ailleurs parfaitement cette préoccupation essentiellement subjective qui anime le requérant en la matière, puisque le Conseil d'État devait non seulement trancher la question de la licéité d'un retrait d'une décision octroyant une indemnité à la Dame Cachet, mais au surplus statuer sur des conclusions tendant à l'obtention d'une indemnité plus élevée.

¹⁷⁴² Conclusions sous l'arrêt Boussuge précitées.

¹⁷⁴³ Selon l'expression de Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Delagrave 1934, p.35.

Dans le même sens, voir Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Toulouse, 1899, pp. 66 s. : dans la mesure où, à la suite d'une annulation pour illégalité externe de l'acte litigieux, l'administration peut édicter la même décision à condition de respecter cette fois les formes légales, l'auteur estime que le requérant jouit d'un véritable droit au respect des règles applicables.

¹⁷⁴⁴ Voir notamment en ce sens A. de Laubadère, *op. cit.*, Tome I, n°1084.

¹⁷⁴⁵ Ainsi en allait-il par exemple du recours de la ligue nationale contre l'alcoolisme lorsqu'elle intenta un recours contre des mesures gouvernementales tendant à favoriser l'activité des bouilleurs de cru (C.E., S., 27/04/1934,

personne isolée qui attaque la mesure générale. Peu importe, en effet, que l'éventuelle annulation soit de nature à entraîner des conséquences - favorables ou non - sur un nombre indéterminé de personnes : ce qui motive l'action du requérant, c'est le plus souvent de protéger sa propre situation que l'acte en cause affectait nécessairement d'une façon ou d'une autre, puisqu'il n'a pu valablement saisir le juge de l'excès de pouvoir que dans la mesure où il justifiait d'un grief suffisamment individualisé¹⁷⁴⁶.

Il ressort de tout ce qui précède que, contrairement à la conception qui animait la doctrine classique, le justiciable qui saisit le juge de l'excès de pouvoir manifeste fréquemment le désir de voir garantie à son profit la pérennité de sa situation antérieure, ou reconnu son bien-fondé à en exiger l'amélioration. Or, et ceci s'avère encore plus surprenant au regard des théories initiales, la réponse à ces prétentions se matérialise parfois par une décision juridictionnelle qui va bien au delà de la simple annulation de l'acte administratif au cœur du débat.

II - La satisfaction donnée aux prétentions du requérant

Nous avons d'ores et déjà montré que la satisfaction d'un intérêt personnel du requérant n'est pas forcément en contradiction avec la conception purement objective du recours pour excès de pouvoir : les effets bénéfiques de l'annulation sur la situation de celui qui en a sollicité le prononcé sont alors présentés comme accessoires à la chute de l'acte censuré, chute qui doit demeurer l'unique préoccupation de la juridiction saisie¹⁷⁴⁷. Mais une telle vision, qui s'efforce de ménager tant bien que mal les principes traditionnels et la réalité contentieuse, ne rend pas fidèlement compte de cette dernière. Si les droits auxquels prétendent fréquemment les requérants ne se trouvaient établis - ou rétablis - que "par surcroît", cela supposerait en effet deux choses : d'une part, que cette reconnaissance revêtirait toujours un caractère implicite, puisqu'elle se contenterait de résulter de la censure de l'acte administratif prononcée ; d'autre part, que la méconnaissance ultérieure de ces droits par l'autorité administrative ne saurait être sanctionnée par le juge, dont l'office s'est épuisé avec le prononcé de l'annulation. Or, force est de constater que ces deux conditions ne sont pas nécessairement remplies :

A. Le juge reconnaît parfois le droit du requérant de façon explicite

On a déjà eu l'occasion de s'apercevoir, au cours de développements antérieurs¹⁷⁴⁸, que le juge de l'excès de pouvoir s'autorisait parfois, après avoir explicitement consacré le droit que détenait le requérant à l'obtention de tel ou tel avantage, à prescrire à l'administration l'édiction

Ligue nationale contre l'alcoolisme, p.493) ; et, plus récemment, de la requête d'associations de psychanalystes contre une instruction de la direction générale des impôts qui excluait partiellement leur profession des exonérations de T.V.A. prévues pour les soins dispensés par les membres des professions médicales et paramédicales (C.E., S., 4/05/1990, Association freudienne et autres, p.111).

¹⁷⁴⁶ C'était à l'évidence le cas, pour s'en tenir à un unique exemple, de cet ouvrier portugais admis à contester une circulaire relative à la situation en France des travailleurs salariés étrangers (C.E., 13/01/1975, Da Silva et C.F.D.T., p.16 ; *Droit social* 1975, p.373, conclusions P. Dondoux ; *Dalloz* 1975, p.784, note Julien-Laferrière ; *La semaine juridique* 1976.II, n°18325, note Pellet).

¹⁷⁴⁷ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁷⁴⁸ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

des mesures nécessaires à sa matérialisation. Que ce soit en vue de la reconstitution de carrière d'un fonctionnaire faisant suite à l'annulation d'un acte qui entravait illégalement le bon déroulement de celle-ci ou, plus rarement, de l'octroi d'une autorisation irrégulièrement refusée¹⁷⁴⁹, les décisions juridictionnelles peuvent dépasser le stade de la simple censure de l'acte administratif contesté et aller jusqu'à affirmer sans ambages le droit dont le requérant souhaitait la reconnaissance, voire préciser par le menu les obligations qui pèsent sur l'autorité administrative pour rétablir celui-ci. Et cela est d'autant plus vrai depuis la promulgation de la loi du 8 février 1995, qui octroie au juge la possibilité d'enjoindre à l'administration de prendre les mesures nécessaires à la matérialisation du droit reconnu¹⁷⁵⁰. Plus encore, le juge de l'excès de pouvoir dispose de moyens aptes à sanctionner la carence de l'administration à prendre les mesures ainsi prescrites, et il n'hésite pas à s'en servir.

B. Le juge sanctionne parfois la méconnaissance du droit qu'il a reconnu au profit du requérant

Si le droit du justiciable ne constituait qu'une préoccupation accessoire du juge de l'excès de pouvoir, simple conséquence secondaire induite par l'annulation prononcée, on ne voit pas pourquoi la juridiction qui a statué disposerait du pouvoir de sanctionner la carence de l'administration à le concrétiser : la mission objective de la juridiction, s'achevant avec la destruction de l'acte attaqué, ne devrait connaître aucun prolongement. Or, nous savons qu'il n'en est rien : l'annulation ne constitue le plus souvent qu'une étape, et la solution du litige ne sera parfaite qu'avec la matérialisation du droit que le jugement de censure a consacré. C'est pourquoi le juge s'est arrogé certaines prérogatives destinées à sanctionner la négligence, voire la mauvaise volonté de l'autorité compétente qui rechigne ou se refuse fermement à rétablir le requérant dans son droit reconnu par la décision d'annulation¹⁷⁵¹. Cela explique également que le législateur ait entendu le doter d'un pouvoir d'astreintes, destiné non plus à simplement fustiger une telle attitude, mais à faire en sorte que le droit en question trouve forcément sa traduction dans les faits¹⁷⁵². L'arsenal de moyens mis ainsi à la disposition du requérant pour contraindre l'administration à lui attribuer l'avantage induit par l'annulation qu'il a obtenue, montre bien que cet avantage constitue un véritable droit, c'est-à-dire un intérêt juridiquement protégé qu'il peut, s'il le désire, faire sanctionner par une nouvelle démarche contentieuse¹⁷⁵³.

Le jugement rendu en excès de pouvoir ne se contente donc pas toujours de prononcer la censure de l'acte administratif querellé, mais consacre souvent un véritable droit subjectif au profit du requérant. Il ne faudrait pas croire pour autant que le juge fait de cette considération sa préoccupation unique. D'autres éléments vont nécessairement entrer en ligne de compte au cours de l'analyse qu'il est amené à pratiquer. Il en va en particulier ainsi de la situation dans laquelle se trouve l'administration défenderesse.

¹⁷⁴⁹ Voir respectivement les jurisprudences Rodière et Ville de Mâcon, précitées.

¹⁷⁵⁰ Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, Titre II.

¹⁷⁵¹ Il s'agit, on le sait, de la possibilité d'annuler les refus d'exécution opposés aux administrés et de condamner l'administration responsable à la réparation du préjudice ainsi occasionné (Cf. les jurisprudences Société automobile Berliet et Périguy précitées).

¹⁷⁵² Voir notamment l'arrêt Dame Bastien (précité) dans lequel, rappelons-le, le Conseil d'État a prononcé une astreinte à l'encontre d'un organisme public qui refusait d'affilier la requérante à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, et ce en dépit d'une décision d'annulation qui avait reconnu le droit à couverture sociale de celle-ci. Cette dimension de l'astreinte a d'ailleurs été confortée, comme nous le verrons au Titre suivant, par la loi du 8 février 1995.

¹⁷⁵³ L'obligation de faire qui pèse ainsi sur l'administration étaye la conception qui fait de cette dernière une partie à part entière du procès en excès de pouvoir : en ce sens, voir B. Kornprobst, *op. cit.*, p.89

Paragraphe 2 - Sensibilité du juge de l'excès de pouvoir aux problèmes de l'administration active

L'administration n'occupe pas une position neutre au sein du contentieux de l'annulation. En effet, comme a pu le faire remarquer M. Knobprobst, "le seul fait qu'un recours pour excès de pouvoir ait été intenté suffit à faire grief à la personne administrative au nom de laquelle a été édicté l'acte, son avantage étant le maintien de cette décision"¹⁷⁵⁴. Cet engagement ne revêt d'ailleurs pas simplement un caractère purement juridique, l'administration défendant souvent son intérêt avec l'acharnement qu'un particulier met dans la préservation du sien¹⁷⁵⁵. Le juge de l'excès de pouvoir ne devrait pas, en toute logique, se montrer exagérément réceptif aux arguments de l'autorité publique : arbitre en droit, et non en opportunité¹⁷⁵⁶, il est tenu par principe de considérer l'acte qui lui a été déféré dans une optique strictement objective, et de s'abstenir d'évaluer son à-propos. Mais la réalité jurisprudentielle montre qu'il n'en va pas toujours ainsi, et l'on est en droit de se demander pourquoi.

I - Manifestations de cette réceptivité

Il n'est bien évidemment pas question ici de faire le tour des procédés qui permettent au juge de l'excès de pouvoir de ménager l'intérêt de l'administration. D'autres l'ont fait avant nous¹⁷⁵⁷, et leur étude détaillée nécessiterait un ouvrage à elle seule. Au surplus, quelques considérations suffisent à établir que la juridiction administrative se montre souvent soucieuse de ne pas contrarier, par un contrôle de légalité trop rigoureux, l'action administrative.

A. L'autolimitation du contrôle juridictionnel dans certains domaines

La préoccupation du juge de l'excès de pouvoir de ne pas gêner l'action administrative se manifeste, en premier lieu, dans l'idée que certains pans de cette dernière se trouvent parfois soustraits à tout examen de légalité, parfois soumis à un contrôle allégé :

1 - Parmi les premiers, nous ne ferons pas allusion à la théorie des actes de gouvernement. Même si la démission du juge à leur égard procède sans doute du souci de laisser une certaine marge de manœuvre aux autorités étatiques, et si leur détermination ne repose sur aucun critère vraiment probant¹⁷⁵⁸, il n'est pas exclu que l'incompétence qui frappe la juridiction

¹⁷⁵⁴ *Op. cit.* p.175.

Rappelons d'ailleurs ici que l'impératif de stabilité des relations juridiques, qui fonde l'institution d'un délai de recours, joue non seulement au profit des particuliers, mais également au bénéfice de l'administration, car lui permettant de mener à bien les missions d'intérêt général qui lui sont confiées (Cf. *supra*, Titre préliminaire).

¹⁷⁵⁵ "Psychologiquement, l'administration est une partie, volontiers obstinée, toujours surprise d'être contrariée, toujours inquiète de perdre la face. En un sens, elle n'a pas tort. Son efficacité est liée à cet état d'esprit" (R. Guillien, "Essai sur une réforme générale du contentieux administratif", *Dalloz* 1955, chron., p.97).

¹⁷⁵⁶ Sur ce point, voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁷⁵⁷ Cf. essentiellement A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, L.G.D.J., 1974.

¹⁷⁵⁸ Pour un tour d'horizon des prises de position doctrinales sur l'ensemble du problème, voir P.-H. Chalvidan, "Doctrines et acte de gouvernement", *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.4.

administrative résulte de leur nature particulière. Le fait qu'ils se rattachent à "l'activité gouvernementale, en tant qu'activité distincte de l'action administrative", semble interdire leur assimilation à la catégorie des décisions administratives¹⁷⁵⁹.

Plus riche en enseignements apparaît la jurisprudence traditionnelle relative aux mesures d'ordre intérieur. En vertu de celle-ci, on sait que le juge administratif s'est longtemps refusé à soumettre un certain nombre d'actes au contrôle de légalité, en particulier les mesures disciplinaires non statutaires destinées à corriger les comportements déviants des "usagers" des services publics scolaire, militaire et pénitentiaire¹⁷⁶⁰. Aucune des justifications apportées à cette démission n'avait de quoi convaincre : l'idée que le juge n'a pas à se préoccuper de mesures insignifiantes ne résistait pas à l'examen de certains cas d'espèce où l'acte qualifié de mesure d'ordre intérieur faisait à l'évidence grief à son destinataire¹⁷⁶¹ ; la crainte d'un afflux massif de recours de nature à encombrer à l'excès les rôles des juridictions administratives semblait quant à elle infondée, au regard du très faible degré d'utilisation des voies de recours internes instaurées à l'encontre des sanctions en cause¹⁷⁶² ; la répugnance, enfin, du juge de l'excès de pouvoir à prononcer des annulations sans portée pratique - les sanctions attaquées seraient, compte tenu de l'effet non suspensif du recours et des délais habituels de jugement, déjà exécutées lorsqu'interviendrait le jugement - n'avait pas lieu de se manifester, le requérant pouvant parfaitement trouver satisfaction dans la simple suppression rétroactive de la mention, dans son dossier, de la mesure qui l'a affecté. On ne s'étonnera pas, en conséquence, que deux arrêts récents¹⁷⁶³ soient venus réduire considérablement la portée de cette immunité invétérée. Désormais, le Conseil d'État déclarera recevables les "sanctions qui, de par leur nature et leur gravité, rendent le contrôle de l'excès de pouvoir effectivement nécessaire", c'est-à-dire "celles qui entraîneraient soit une atteinte sensible à des libertés ou droits protégés - critère qui intègre notamment l'éventuelle aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie -, soit une atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé - critère qui

Sur le fait que l'absence de critères prédéfinis conduit le juge à opérer des soustractions de plus en plus nombreuses d'actes à cette catégorie, Cf. J. Auvret-Finck, "Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?", *Revue du droit public* 1995, pp.131 s..

¹⁷⁵⁹ Laferrière, le premier, avait formulé cette idée (*op. cit.*, t. II, p.32) ; elle fut de nombreuses fois reprise (voir en particulier R. Chapus, "L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?", *Dalloz* 1958, chr., p.5 ; R. Capitant, "De la nature des actes de gouvernement", in *Mélanges Julliot de la Morandière*, 1964, p.99 ; et F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, 1968, p.418 à 420). Le Conseil d'État a semblé se rallier à cette conception puisque, saisi d'un recours contre une mesure qu'il a estimée qualifiable d'acte de gouvernement, il a préféré, pour le rejeter, se placer sur le terrain de l'incompétence plutôt que sur celui de l'irrecevabilité (Cf. notamment les conclusions D. Kessler et la note R. S. sous C.E., 23/09/1992, G.I.S.T.I. et M.R.A.P., *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, pp.752 et 755).

¹⁷⁶⁰ Pour une présentation synthétique de cette jurisprudence, voir notamment la note F. Moderne sous l'arrêt Caillol, *Revue française de droit administratif* 1984, p.187 ; et les conclusions P. Frydman sous les arrêts Hardouin et Marie, *Revue française de droit administratif* 1995, pp.353 s.

¹⁷⁶¹ On pense en particulier à cette affaire dans laquelle a été jugé irrecevable le recours d'un prévenu tendant à faire annuler le placement en "quartier de plus grande sécurité" dont il avait fait l'objet, en dépit de la nette aggravation des conditions de détention que cette mesure entraînait pour l'intéressé (C.E., Ass., 27/01/1984, Caillol, p.28 ; *Revue française de droit administratif* 1984, note F. Moderne précitée ; *Revue du droit public* 1984, p.483, conclusions B. Genevois ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.72, chronique B. Lasserre et J.-M. Delarue ; *Gazette du Palais* 1984, 1, p.284, note X. Prétot).

¹⁷⁶² Conclusions P. Frydman précitées.

¹⁷⁶³ C.E., Ass., 17/02/1995, Hardouin et Marie (2 espèces) ; *Revue française de droit administratif* 1995, conclusions précitées ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.379, chronique L. Touvet et J.-H. Stahl ; *La semaine juridique* 1995, II, n°22426, note M. Lascombe et F. Bernard ; *Les petites affiches* 1995, n°51, p.11, note G. Vlachos ; n°69, p.17, note N. Van Tuong ; et n°93, p.28, note V.A. Oteko ; *Dalloz* 1995, p.386, note N. Belloubet-Frier.

Et concernant directement l'arrêt Marie, lire F. Moderne et J.-P. Céré, "A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral", *Revue française de droit administratif* 1995, p.822.

couvre, pour sa part, les éventuelles conséquences de la mesure sur les perspective de carrière¹⁷⁶⁴. La nouvelle jurisprudence n'anéantit donc pas la théorie des mesures d'ordre intérieur¹⁷⁶⁵, mais elle la confine explicitement aux seules mesures dont le peu d'importance est tellement patent qu'il ne justifie pas que le juge s'en préoccupe¹⁷⁶⁶. Ce revirement du Conseil d'État équivaut à un aveu : sa position traditionnelle, qui englobait dans une même irrecevabilité des mises en retenue et des placements en quartier de haute sécurité, n'était pas juridiquement défendable. Pourquoi dès lors s'y être tenu si longtemps ? Tout simplement parce que, comme l'a souligné le commissaire du gouvernement P. Frydman, il s'agissait d'"une jurisprudence d'opportunité, plutôt que de droit"¹⁷⁶⁷. Le juge administratif entendait laisser une grande marge de manœuvre aux autorités responsables des services concernés, services soumis à de fortes pressions intérieures. Il n'estimait pas devoir brider cette "souple de sûreté"¹⁷⁶⁸ que constituent ces mesures de police interne par des considérations de légalité¹⁷⁶⁹. Mais que le contexte sociologique change, aidé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le sens d'une plus grande pénétration du droit au sein de ces institutions autrefois repliées sur elles-mêmes, qu'il apparaisse, notamment au travers de la comparaison avec les systèmes existant dans d'autres États développés, qu'un contrôle de ces sanctions permettait de réduire la part d'arbitraire de leur prononcé sans porter atteinte à l'autorité du commandement hiérarchique et de la discipline, et rien ne s'opposait plus à la recevabilité des requêtes dirigées contre les plus graves de ces mesures¹⁷⁷⁰. On le voit, l'opportunité peut parfois dicter au juge de l'excès de pouvoir sa disposition à connaître de certains actes.

2 - Dans d'autres domaines, c'est plutôt l'allègement de la teneur du contrôle de la légalité qui retiendra notre attention. En présence d'un acte pris dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire dévolu à l'administration, il est de règle que le juge de l'annulation ne supervise pas le choix effectué par l'autorité compétente¹⁷⁷¹. Cette attitude traditionnelle se comprend aisément : si des textes ont jugé nécessaire de laisser un large éventail d'action à la puissance publique et une grande liberté d'apprécier, au cas par cas, quelle mesure elle doit prendre pour répondre à la situation de fait qui se présente à elle, ce n'est pas pour voir les juridictions administratives imposer *a posteriori* ses propres vues en censurant les options choisies. La réserve juridictionnelle apparaît d'autant moins critiquable que, depuis les années 1970, le contrôle minimum jusqu'alors exercé sur les décisions discrétionnaires (qui portait sur les vices externes, l'erreur de droit et de fait et sur le détournement de pouvoir) s'est enrichi d'une possibilité de

¹⁷⁶⁴ Conclusions P. Frydman précitées.

¹⁷⁶⁵ On peut considérer cette survivance normale dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme a avalisé le principe de la notion, estimant qu'"il est des manquements qui manifestement concernent la seule discipline intérieure" (C.E.D.H., 28/06/1984, Campbell et Fell, cité par V. Albanel, conclusions sur T.A. Strasbourg, 2/07/1991, Théron c/ Garde des Sceaux, *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.77) ; elle suit en cela la position adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes le 12/02/1960 (p.49).

¹⁷⁶⁶ Si l'on en croit le commissaire du gouvernement P. Frydman, le domaine de prédilection de ce type de mesure devrait être à partir de maintenant l'école, où "les innombrables punitions sans gravité infligées chaque jour aux élèves (...) ne requièrent sans doute pas le contrôle d'un juge -à commencer par les mises au piquet et les verbes à conjuguer". En revanche, peu de mesures disciplinaires en matière militaire ou pénitentiaire échapperont désormais à un examen de légalité (sur ce point, voir conclusions précitées).

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*

¹⁷⁶⁸ L'expression est empruntée à F. Moderne, note précitée, p.188.

¹⁷⁶⁹ Le fait que ces actes échappaient au droit constituait en effet un "incomparable avantage" pour les autorités qui les prenaient : "la mesure d'ordre intérieur présente pour le supérieur tous les avantages de l'acte unilatéral, la normativité et la sanction, sans en avoir les inconvénients traditionnels puisque le juge refuse en principe d'en connaître" (M. Hécquard-Théron, "De la mesure d'ordre intérieur", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, pp.235 s., et plus particulièrement p.242).

¹⁷⁷⁰ Développant tous ces points, voir conclusions P. Frydman précitées.

¹⁷⁷¹ Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°1074 s. et bibliographie citée au n°1077-1.

censure des erreurs manifestes d'appréciation que l'autorité administrative a pu commettre dans la qualification juridique des faits¹⁷⁷². Par l'emploi de cette technique, le juge s'autorise à stigmatiser les comportements déraisonnables des autorités administratives agissant dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire : ce dernier n'est pas en effet synonyme d'arbitraire, et il paraît normal de considérer que son utilisation fantaisiste constitue un chef d'illégalité. Aussi ne s'explique-t-on pas vraiment pourquoi certains domaines sont restés réfractaires au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, tels les choix gouvernementaux en matière d'aménagement du territoire et d'organisation territoriale¹⁷⁷³, ou la détermination du mode de gestion d'un service public¹⁷⁷⁴. Plus surprenant encore, quelques solutions relativement récentes ne pouvant, à l'inverse des précédentes, se réclamer d'une ligne jurisprudentielle traditionnelle, ont multiplié - dans des contentieux certes ponctuels¹⁷⁷⁵ - les hypothèses dans lesquelles l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par l'administration n'est nullement surveillée par le juge de l'excès de pouvoir¹⁷⁷⁶. Cette timidité n'a pas d'autre fondement que le désir de laisser au service compétent, dans des domaines politiquement sensibles, ou estimés, pour quelque raison que ce soit, entièrement soumis à l'appréciation souveraine de l'administration, une latitude d'action maximale que rien ne vient canaliser, pas même l'exigence de rationalité. Connaissant la souplesse qui caractérise le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁷⁷⁷, on mesure ici à quel point est forte la préoccupation du juge administratif de ne pas contrarier l'évaluation, par la puissance publique, de l'intérêt général.

¹⁷⁷² Les études doctrinales retraçant ce phénomène sont nombreuses ; en raison de sa date relativement récente, on peut citer parmi elles *L'erreur manifeste d'appréciation. La décision administrative, le juge et la force de l'évidence* (J.-P. Bourgeois, Lille, 1988).

¹⁷⁷³ Voir respectivement, et à titre d'exemples récents :

- C.E., 3/12/1990, Ville d'Amiens, p.344 ; *Les petites affiches* 19 juin 1991, p.8, note J. Morand-Deville : absence de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix relatif au tracé d'une voie ferrée.

et - C.E., 17/10/1990, Communes de Peyrillac et Millac, p.281 : même solution s'agissant du rattachement d'une partie du territoire d'une commune à une autre commune.

¹⁷⁷⁴ Pour une affaire dans laquelle était contestée la substitution, pour gérer un service public communal, d'une société d'économie mixte à une régie, voir C.E., 28/06/1989, Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble C.F.D.T., *Revue française de droit administratif* 1989, p.929, conclusions E. Guillaume, note J.-F. Lachaume.

A noter que le juge ne contrôle pas plus l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix d'un gérant de service public. Cf. notamment, quant à la désignation, par le gouvernement, d'une société concessionnaire de télévision, C.E., Ass, 16/04/1986, Cie luxembourgeoise de télévision (arrêt précité).

¹⁷⁷⁵ Il ne faudrait pas en effet succomber à l'illusion qui laisserait croire que ces arrêts remettent en cause l'évolution globale du contrôle minimum, qui intègre aujourd'hui quasi systématiquement l'appréciation de l'erreur manifeste d'appréciation. Voir en ce sens la chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre, *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.91.

¹⁷⁷⁶ Pour ne citer que les plus significatives :

- C.E., 11/04/1986, Fédération générale agro-alimentaire C.F.D.T., p.92 : pas de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant du choix, au sein des organisations syndicales agricoles les plus représentatives, de celle qui sera appelée à siéger au Conseil économique et social.

et - C.E., 2/03/1988, Association nationale des assistants, p.105 : même solution quant à la suppression ou la modification d'un corps de la fonction publique par le gouvernement.

¹⁷⁷⁷ "Le Conseil d'État a le pouvoir de définir le manifeste et l'évident. Fondamentalement, le juge ne censure pas une erreur d'appréciation parce qu'elle est manifeste, ou ne la censure pas parce qu'elle ne serait pas manifeste. La proposition doit être exactement inversée : l'erreur est manifeste parce que le juge la censure, non manifeste parce que le juge ne la censure pas. Est manifeste, évident, ce qui apparaît comme tel au juge administratif" (H. Moussa, "Aspects de l'erreur manifeste d'appréciation et des pouvoirs discrétionnaire et lié. Prétendu droit de l'administration à l'erreur non manifeste et présomption quasi irréfragable de légalité", *Le Quotidien juridique*, 18 avril 1987, p.12).

B. L'inactivation de certaines illégalités

En présence d'une illégalité affectant un acte administratif soumis à son examen, le juge de l'excès de pouvoir ne prononce pas systématiquement une annulation. Deux situations peuvent à ce propos être distinguées :

1 - Il en va ainsi classiquement lorsque, en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles, est toléré, du fait du contexte troublé qui a entouré l'édition de l'acte contesté, un assouplissement des règles de forme, de procédure, de compétence, ou de fond¹⁷⁷⁸. La décision déferée au juge administratif qui, en temps normal, l'aurait estimée irrégulière, va être sauvée de l'annulation en considération des événements extraordinaires ayant nécessité son intervention¹⁷⁷⁹. Pareille construction témoigne parfaitement de la capacité du juge de l'excès de pouvoir à écarter l'application stricte du principe de légalité, dont il est pourtant le gardien, en faisant prévaloir des impératifs tels que le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, le fonctionnement régulier et continu des services publics, etc. Elle constitue l'exemple type de sa réceptivité aux nécessités de l'action administrative¹⁷⁸⁰ : qu'il n'estime pas que les circonstances invoquées justifiaient *in concreto* l'inobservation de la règle de droit, et il censurera l'attitude de l'administration¹⁷⁸¹ ; qu'il considère le contraire, et le comportement litigieux sera avalisé¹⁷⁸². Et la malléabilité du contrôle de légalité s'avère à ce point remarquable qu'en présence d'une crise suffisamment grave¹⁷⁸³, pourront être excusées des irrégularités aussi importantes que l'empiètement sur la compétence du législateur¹⁷⁸⁴, ou la restriction de libertés fondamentales¹⁷⁸⁵. Mais il n'est pas nécessaire de faire appel à cette théorie d'utilisation somme toute exceptionnelle - comme sa désignation nous l'indique - pour attester la préoccupation constante du juge administratif d'inhiber les illégalités qu'il estime ne pas devoir sanctionner.

¹⁷⁷⁸ Sur cette théorie, voir notamment L. Nizard, *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative, op. cit.*

¹⁷⁷⁹ Initialement liée aux périodes de conflit, la théorie des circonstances exceptionnelles a été étendue à des situations particulières affectant des temps de paix, telles que des cataclysmes naturels, ou des grèves d'une ampleur extraordinaire (pour ces deux dernières hypothèses, voir respectivement :

- C.E., 18/05/1983, Rodes, p.199 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.44, note J. Moreau (début d'éruption du volcan La Soufrière, en Guadeloupe) ;

et - C.E., 18/04/1947, Jarrigion, p.148 ; *Sirey* 1948.3, p.33, note J. Rivero (grève générale de novembre 1938).

¹⁷⁸⁰ Cette réceptivité est parfaitement illustrée par le libellé même d'un des arrêts classiques en la matière, qui l'érige quasiment en principe : "il appartient au juge sous le contrôle duquel s'exercent -les pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité- de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre" (C.E., 28/02/1919, Dames Dol et Laurent, p.208 ; *Revue du droit public* 1919, p.338, note G. Jèze ; *Sirey* 1919.3, p.33, note M. Hauriou).

¹⁷⁸¹ Cf. en particulier C.E., Ass., 24/10/1964, d'Oriano, p.486 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p.684, chronique M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; *Dalloz* 1965, p.9, note D. Ruzié ; *Revue du droit public* 1965, p.282, conclusions M. Bernard : aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait que la mise en congé spécial de l'intéressé soit dispensée du respect des droits de la défense, en dépit de la mise en jeu de l'article 16 de la constitution.

¹⁷⁸² Pour un exemple relativement récent, voir C.E., 3/11/1989, Galliot, p.223 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.425, obs. J. Moreau : les violents affrontements s'étant déroulés en 1985 en Nouvelle-Calédonie, ont justifié une dissolution du conseil municipal destinée à permettre la nomination d'une délégation spéciale, seule en mesure d'assurer la continuité du service public.

¹⁷⁸³ Sur cette influence de la gravité de la crise sur les dérogations accordées à l'action administrative, voir L. Nizard, *op. cit.* pp.131 s..

¹⁷⁸⁴ Outre le célèbre arrêt Heyriès, fondateur de la théorie des circonstances exceptionnelles (C.E., 28/06/1918, p.651 ; *Sirey* 1922.3, p.49, note Hauriou), voir C.E., 31/03/1954, Baudet, p.196.

¹⁷⁸⁵ Telle la restriction aux libertés de commerce et d'aller et venir illustrée par l'arrêt Dames Dol et Laurent précité.

2 - L'emploi de quelques techniques procédurales relativement banalisées, que nous nous proposons à présent, sans désir d'exhaustivité, de répertorier, témoigne d'un réel souci de protection de l'efficacité de l'action administrative. Il s'agit d'éviter autant que faire se peut le prononcé d'annulations qui retarderaient ou entraveraient celle-ci sans raison valable. L'application automatique du principe de légalité, jugée nuisible dans ces hypothèses, va céder la place à une appréciation de l'impact de l'irrégularité sur l'acte vicié, ce qui conduit à un éventuel sauvetage de celui-ci au cas où cette incidence s'avère minime.

a) Le premier procédé, qui tend à neutraliser des illégalités estimées vénielles, voire insignifiantes, intéresse le vice de forme ou de procédure. De très nombreuses irrégularités vont être absoutes dans ce domaine, au motif qu'elles n'ont eu aucune influence sur la décision en cause, ou qu'elle n'ont privé leurs destinataires d'aucune garantie. Joue ici l'idée de "formalités non substantielles", dont l'irrespect n'est pas, en tout état de cause ou en fonction des circonstances d'espèce, de nature à entraîner l'annulation de l'acte qui les a négligées¹⁷⁸⁶. La démarche de juge, tout à fait louable au demeurant, trahit nettement "son souci essentiel (...) de ne pas entraver le fonctionnement de l'administration par la référence abusive à des formalités peu importantes"¹⁷⁸⁷. Le bon sens prévaut sur un juridisme excessif.

b) Dans un deuxième cas de figure, l'illégalité à laquelle se trouve confronté le juge de l'excès de pouvoir ne revêt plus un caractère aussi excusable que l'oubli d'une formalité non substantielle ; il ne lui confère pour autant aucune portée. Ainsi en va-t-il en premier lieu lorsque lui sont déférées des décisions fondées sur une pluralité de motifs, les uns réguliers, les autres non, et qu'il apparaît que l'administration aurait pris la même mesure si elle s'en était tenue simplement aux premiers d'entre eux. Le juge de l'excès de pouvoir s'autorise alors à neutraliser les motifs illégalement mis en avant, et s'abstient d'annuler l'acte qu'ils affectaient¹⁷⁸⁸. On peut rapprocher de cette technique un procédé utilisé quant à lui dans le but de gommer les irrégularités relevées à l'encontre des décisions que l'administration était tenue de prendre. Il s'agit de la notion de "moyen inopérant"¹⁷⁸⁹, selon laquelle de pareils vices ne sauraient être retenus par le juge pour fonder l'annulation de la décision qu'ils affectent. Puisque l'administration a compétence liée pour édicter la mesure en litige, la censure ne ferait que retarder l'échéance ; la juridiction administrative préfère donc fermer les yeux sur le vice qui

¹⁷⁸⁶ Parmi les formalités considérées comme non substantielles en tout état de cause, on trouve certaines règles de procédure (par exemple la méconnaissance d'un délai indicatif (Cf. notamment C.E., 27/05/1988, S.A. d'exploitation des carrières de Saint-Avit, p.220)) et la plupart des règles de forme (hormis l'obligation de signature, parfois celle de contresign et souvent celle de motivation : Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°1138).

Pour un exemple de formalité estimée non substantielle au regard des données de l'affaire, voir C.E., 29/06/1990, Dame Poncin, p.818 : en dépit du fait que sa durée ait été inférieure à la durée légale, l'enquête publique n'est pas annulée car, "au cas d'espèce", cette irrégularité n'a pas eu pour effet de vicier la procédure, les propriétaires concernés n'ayant pas été empêchés de présenter leurs observations.

¹⁷⁸⁷ A. Mestre, *op. cit.* p.49.

¹⁷⁸⁸ C.E., Ass., 13/01/1968, Dame Perrot, p.39 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.179, conclusions J. Kahn et pour un exemple plus récent, intéressant le contentieux des dissolutions d'associations, voir C.E., 13/02/1985, Debizet, p.746 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.278, conclusions B. Genevois ; Dalloz 1986, p.270, note C.S.

S'il apparaît au contraire que l'administration n'aurait pas statué de la même manière en ne retenant que les motifs réguliers de la décision, cette dernière sera annulée par le juge administratif : voir par exemple C.E., 17/04/1985, Société Les éditions des Archers, p.100 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.508, observations L. Richer ; *Revue du droit public* 1985, p.1362, conclusions B. Stirn ; et 11/05/1987, Dame Tran Quang, p.165 ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.625, conclusions O. Schrameck.

¹⁷⁸⁹ Sur cette théorie, voir J.-M. Auby, "Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative", *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.5.

l'entache, afin d'éviter à l'autorité compétente son inéluctable réédiction¹⁷⁹⁰. Ont pu être de la sorte, considérés sans utilité, des moyens appuyés sur des illégalités externes¹⁷⁹¹ ou internes¹⁷⁹² de l'acte attaqué. Si l'on peut agréer la position du juge de l'excès de pouvoir qui, "se plaçant sur le terrain de l'efficacité de son intervention plutôt que sur celui de la légalité pure, va renoncer à prononcer une annulation platonique"¹⁷⁹³, il semble toutefois légitime d'émettre une légère réserve. Non que, comme on a pu le craindre, le juge s'octroie un pouvoir d'administrateur en avalisant certaines décisions qui ne relèveraient pas d'une compétence vraiment liée par les textes¹⁷⁹⁴. On relèvera plutôt qu'une trop grande propension à fermer les yeux sur des irrégularités, même sans conséquence sur le sens de l'acte édicté, constituerait un facteur de dilettantisme préjudiciable à l'exercice correct des compétences administratives. Quoi qu'il en soit, ces techniques démontrent encore la préoccupation majeure du juge de l'excès de pouvoir de ne pas gêner outre mesure le fonctionnement de l'administration¹⁷⁹⁵. Et quand il l'estime nécessaire, il n'hésite pas à franchir un pas supplémentaire.

c) Dans toutes les hypothèses précédemment évoquées, le rôle du juge se révèle relativement "passif". Il s'y contente, pour assurer l'efficacité de l'action administrative, d'ignorer certaines irrégularités. Mais il ne rechigne pas à fournir un effort plus important si nécessaire. Nous pensons aux affaires dans lesquelles il fait jouer son pouvoir de substitution¹⁷⁹⁶, qu'il s'agisse d'une substitution de base légale ou de motifs. La première intéresse des actes que l'administration a malencontreusement rattachés à un texte qui ne l'habilitait pas à les prendre. Le juge peut alors, s'il existe un autre texte propre à justifier légalement la décision contestée, et

¹⁷⁹⁰ C'est cette idée qui permet le rapprochement entre les techniques de neutralisation des motifs illégaux d'une part, et des moyens inopérants d'autre part. Dans les deux cas, on vise à éviter le prononcé d'annulations de pure forme. S'agissant de la première hypothèse, l'administration n'a certes pas l'obligation légale de prendre l'acte considéré ; mais le fait que les motifs légaux suffisaient à le fonder entraînerait inexorablement sa réfection. Cf. effectuant le même parallèle, M.-J. Guédon, "Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.443.

¹⁷⁹¹ On retrouve ici certains vices de forme ou procédure. Mais, dans ce cadre, ce qui fait défaut peut parfaitement revêtir un caractère substantiel : tel est le cas, par exemple, pour le défaut de motivation obligatoire d'un licenciement d'agent public, estimé inopérant dans la mesure où l'intéressé ne pouvait de toute façon être maintenu en fonctions (C.E., 5/11/1986, Dame Le Ney, Dalloz 1987, Somm. Com., p.188, observations F. Llorens ; et C.E., 8/06/1990, Dame Dumarski, p.145). Peut être également jugée sans utilité l'incompétence de l'autorité qui a édicté la mesure qu'imposait la règle de droit (voir en particulier C.E., 21/11/1956, Lazarini, p.443 : peu importe que la décision de rejet d'une demande de réparation d'un préjudice de carrière formulée par un fonctionnaire n'ait pas été prise par l'autorité *ad hoc*, l'intéressé ne satisfaisant pas aux conditions requises par les textes pour bénéficier de cette réparation).

¹⁷⁹² Cf. par exemple C.E., S., 18/06/1965, Bellet, p.370 : le juge n'examine pas l'argument tiré d'un prétendu excès de pouvoir entachant la mise en retraite d'un fonctionnaire touché par la limite d'âge.

¹⁷⁹³ J.-M. Auby, *art. cit.*, p. 7.

¹⁷⁹⁴ A M. Chabanol, qui avait, en 1984, publié un article relativement alarmiste en ce sens ("Contrôle de légalité et liberté de l'administration", *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.14), il fut justement répliqué que les limites posées par la jurisprudence rendaient vaine pareille crainte, puisque le juge ne s'autorise pas à faire jouer la théorie des moyens inopérants lorsque la compétence liée découle d'une certaine appréciation des faits (Cf. A.-S. Mescheriakoff, "La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi ?", *La Revue administrative* 1984, pp.575 s. ; et plus particulièrement p.577).

¹⁷⁹⁵ Elles procèdent sans doute également d'une volonté de ne pas encombrer inutilement les prétoires ; "en évitant l'examen des moyens inutiles, en renonçant à des annulations ou à des renvois purement platoniques, le juge réserve ses forces pour des tâches plus efficaces" (J.-M. Auby, *art. cit.* p.12).

¹⁷⁹⁶ Sur ce pouvoir, voir notamment M.-J. Guédon, *art. cit.* On pourra également se reporter à des études plus générales qui l'évoquent, telles que les thèses de J.-J. Israël (*op. cit.*) et de B. Pacteau (*Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, L.G.D.J., 1977).

à certaines conditions¹⁷⁹⁷, corriger l'erreur commise par l'autorité qui a statué¹⁷⁹⁸. La substitution de motifs se rapproche quant à elle de la technique des moyens inopérants, en ce qu'elle s'envisage seulement dans des hypothèses de compétence administrative liée : elle permet au juge, lorsque l'administration a édicté une mesure que lui imposait la règle de droit en avançant un motif de fait erroné, de régulariser la décision en remplaçant ce dernier par une considération adéquate¹⁷⁹⁹. Bien qu'assez rarement employé, ce pouvoir de substitution est particulièrement révélateur du pragmatisme de la jurisprudence administrative, qui accepte d'affranchir la puissance publique du respect de certaines règles lorsqu'elle n'estime pas que l'illégalité commise mérite d'être sanctionnée¹⁸⁰⁰. Le juge ne perd jamais de vue qu'une censure abusive serait de nature à nuire au rendement optimal de l'action administrative, et n'hésite pas, pour y parer, à redresser de lui-même un certain nombre d'irrégularités¹⁸⁰¹. Cette bienveillance - qui confine parfois à la compassion - s'explique assez aisément.

II - Raisons de cette réceptivité

Elles sont aussi évidentes que décriées, au nom de l'indépendance de la juridiction administrative. On pourra toutefois, en dernière analyse, leur trouver une justification.

A. La mise en cause de l'indépendance de la juridiction administrative

1 - Depuis les années 1970, on a assisté à une multiplication d'études destinées à dénoncer la connivence qui lie le juge administratif à l'administration active¹⁸⁰². Auparavant, les auteurs se plaignaient plutôt à insister sur la protection des administrés organisée par le Conseil d'État, et ne s'attardaient guère volontiers sur le désir affiché par celui-ci de tenir compte des nécessités administratives, "comme s'ils redoutaient, en mettant en pleine lumière cet aspect des choses, de

¹⁷⁹⁷ Cette substitution de base légale n'est permise que si le texte retenu par le juge conférerait le même pouvoir d'appréciation à l'administration, et lui permettrait d'agir selon les mêmes formes et procédures (C.E., 20/11/1942, Vally, p.326 ; *Dalloz* 1944, p.29, note M. Waline). Pour une application récente de cette condition, voir C.E., 23/12/1988, Ville de Romans-sur-Isère, p.471 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.267, observations J.-B. Auby.

¹⁷⁹⁸ Outre la jurisprudence Vally précitée, voir par exemple C.E., Ass., 8/04/1987, Procopio, p.139 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.472, conclusions O. Schrameck : substitution de la convention européenne d'extradition de 1957 à un traité bilatéral devenu inapplicable, dans le but de fournir une base légale à un décret d'extradition.

¹⁷⁹⁹ Voir notamment C.E., 16/11/1962, Société industrielle de tôlerie, p.608 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.170, conclusions J.-F. Henry (régularisation d'une mise en demeure de cesser l'exploitation d'une installation classée).

¹⁸⁰⁰ Il arrive parfois que le comportement de l'administration dépasse le seuil du tolérable, auquel cas le pouvoir de substitution, bien qu'envisageable, ne sera pas mis en branle. Cf. notamment C.E., Ass., 24/06/1960, S.A.R.L. Le Monde et autres, p.412, conclusions C. Heuman ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, p.154, chronique M. Combarrous et J.-M. Galabert ; *Dalloz* 1960, p.744, note J. Robert : refus d'opérer une substitution de base légale pourtant possible relativement à une saisie de journaux effectuée sous couvert d'une saisie judiciaire.

¹⁸⁰¹ Le juge permet parallèlement à l'administration d'exercer elle-même une substitution de motifs dans le cadre d'un recours hiérarchique, l'autorité supérieure pouvant maintenir la décision de son subordonné en la fondant sur un motif différent (C.E., 1er/10/1954, Dame Bonnetblanc, p.491 ; et 23/04/1965, Dame Veuve Ducroux, p.231 ; *Revue du droit public* 1965, p.1188, conclusions J.-M. Galabert ; *La semaine juridique* 1965, II, n°14412, note C. Durand-Primborgne).

¹⁸⁰² Antérieurement, certains auteurs avaient émis un avis similaire, mais ces opinions ponctuelles n'avaient jamais fait l'objet d'une systématisation. Pour quelques exemples, voir A. de Laubadère, "Réflexions sur la crise du droit administratif", *Dalloz* 1952, chron., p.5 ; ou J.-C. Groshens, "Réflexions sur la dualité de juridictions", *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.536.

ternir l'auréole libérale à laquelle la Haute juridiction doit son juste prestige¹⁸⁰³. Cette réserve passée de mode, on enregistra un net renversement de tendance. Beaucoup se complurent alors à fustiger la part belle que le juge administratif faisait aux exigences de l'intérêt général au détriment fréquent de la garantie des intérêts particuliers, tentant de montrer qu'il son souci de préserver "les prérogatives de l'administration"¹⁸⁰⁴, qu'il son rôle de "défenseur de l'exécutif"¹⁸⁰⁵, qu'il enfin sa dépendance organique et fonctionnelle à la puissance publique¹⁸⁰⁶. Il faut dire que le Conseil d'État se révèle, du moins sur ce dernier point, une proie facile pour ses critiques, voire ses contempteurs. Un simple regard en arrière suffit à nous rappeler qu'elle est issue de la même souche que l'autorité qu'elle entend contrôler¹⁸⁰⁷. De ce lignage, elle a hérité sa double nature actuelle¹⁸⁰⁸ qui a attisé la plupart des détractations qui lui sont adressées. Comment en effet ne pas soupçonner de duplicité cette institution hybride, à la fois juge et conseil du gouvernement ? Surtout lorsqu'on connaît la promiscuité - pour ne pas dire la confusion - existant entre les fonctions de magistrat administratif et d'administrateur, du fait non seulement de l'identité de formation reçue par ceux qui les assurent¹⁸⁰⁹, mais également des nombreuses passerelles ménagées entre elles. Ainsi, au sein même du Conseil d'État, on peut faire allusion à la part importante faite au tour extérieur, qui permet à des fonctionnaires appartenant aux cadres supérieurs de l'administration active d'intégrer l'institution¹⁸¹⁰ ; ou bien à la règle de la double appartenance, instaurée par le décret du 30 juillet 1963, qui veut que les maîtres des requêtes et auditeurs soient, par principe, intégrés à la fois à une Section administrative et à la Section du contentieux¹⁸¹¹. Sont à souligner parallèlement les nombreuses opportunités offertes aux membres du Conseil, par le jeu des mobilités et des détachements, d'exercer de hautes fonctions administratives.

2 - Cette perméabilité explique, aux yeux de certains, le "faible degré d'agressivité du juge administratif à l'égard de l'État"¹⁸¹². "Peut-on juger en toute impartialité des administrateurs que l'on a - ou que l'on va - côtoyer dans des relations de hiérarchie ou de collaboration ?" s'interroge le rapport sénatorial Arthuis de 1992 sur le fonctionnement des juridictions de

¹⁸⁰³ J. Rivero, préface de l'ouvrage d'A. Mestre précité, p.7.

¹⁸⁰⁴ A. Mestre, *op. cit.*

¹⁸⁰⁵ L. Favoreu, "Le Conseil d'État défenseur de l'exécutif", in *Mélanges Boulouis*, p.237 : la Haute juridiction est ici soupçonnée d'aménager elle-même le dispositif constitutionnel afin de préserver une compétence normative étendue au profit des autorités réglementaires.

¹⁸⁰⁶ Cf. en particulier O. Dupeyroux, "L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux", *Revue du droit public* 1983, p.565.

¹⁸⁰⁷ Il est bien évidemment exclu d'entreprendre ici un rappel historique, même succinct, du processus de création du Conseil d'État et plus généralement de l'ordre juridictionnel administratif. On se bornera donc à faire référence, parmi les travaux consacrés à la question, à l'ouvrage collectif *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éditions C.N.R.S. 1974.

¹⁸⁰⁸ Sur ce point, voir notamment M. Long, "Le Conseil d'État, rouage au cœur de l'administration et juge administratif suprême", *La Revue administrative* 1995, p.5.

¹⁸⁰⁹ Comme les hauts fonctionnaires, les magistrats administratifs sont recrutés, depuis 1945, par le concours de l'E.N.A. Pour toutes les questions de composition et de statut, on pourra se référer à l'ouvrage de J. Massot et J. Marimbert, *Le Conseil d'État, Documentation française*, 1988.

¹⁸¹⁰ Le mode de recrutement des magistrats administratifs (E.N.A. et tour extérieur) suscite des critiques non seulement sur le plan de l'indépendance de la juridiction administrative, mais aussi relativement aux limites de la connaissance du droit par les membres du Conseil d'État, ce qui expliquerait "l'incapacité du juge administratif à s'abstraire du cadre du droit administratif" pour se placer sur des terrains plus généraux (incluant en particulier des éléments de droit international et communautaire), à une époque où les diverses branches du droit s'imbriquent à un point jamais atteint auparavant (Cf. X. Prétot, "La juridiction administrative à la croisée des chemins", *Droit et Politique*, 1993).

¹⁸¹¹ Pour ce qui est des conseillers d'État, pareille règle n'existe pas, mais la possibilité d'une double appartenance n'est pas pour autant exclue.

¹⁸¹² L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, P.U.F. 1985, p.108.

l'ordre administratif¹⁸¹³. La réponse est assurément négative. D'où l'idée qui a pu être formulée d'édifier une cloison plus étanche entre les deux fonctions, de couper nettement la juridiction administrative de l'exécutif en rapprochant sa composition et son mode de fonctionnement de ceux des juridictions judiciaires, et en veillant à ce que ses membres n'exercent pas concurremment un quelconque rôle au sein de l'administration active¹⁸¹⁴. Les tenants de cette thèse contestent les justifications traditionnelles de l'ambivalence, qui reposaient toutes plus ou moins sur le postulat selon lequel une saine justice administrative - du strict point de vue de l'efficacité - ne se conçoit qu'aux mains d'un ordre de juridiction possédant une connaissance de l'intérieur des problèmes administratifs¹⁸¹⁵. Certains sont même allés plus loin, exhortant à instituer, au sein des juridictions judiciaires, une chambre spécialisée dans l'application du droit administratif (comme il en existe en particulier en matière pénale), pour remédier à la fâcheuse interpénétration des fonctions qui discrédite notre justice administrative¹⁸¹⁶. Si la consécration de cette dernière tendance semble aujourd'hui exclue par l'évolution de notre droit constitutionnel, la pertinence des critiques qui viennent d'être évoquées demeure, quant à elle, toujours d'actualité.

B. Une indépendance qui demeure relative

Le Conseil constitutionnel a consacré l'existence même de l'ordre juridictionnel administratif en protégeant constitutionnellement une partie de sa compétence¹⁸¹⁷. Désormais, réclamer la suppression pure et simple de la dualité de juridiction semble donc encore plus utopique que lorsque rien dans le bloc de constitutionnalité n'y faisait référence¹⁸¹⁸, et l'on a pu noter un regain de considération à l'égard de cette organisation typiquement française¹⁸¹⁹. Mais sur la question de l'éventuelle soumission du juge administratif à l'exécutif, rien n'a été résolu.

1 - Bien sûr, le même Conseil constitutionnel a, en 1980, entendu ranger au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République l'indépendance de la juridiction

¹⁸¹³ Rapport précité, p.130.

¹⁸¹⁴ Cette idée, loin d'être nouvelle, avait déjà été émise par Alibert en 1926 (*op. cit.* p.335). Celui-ci prônait une « séparation du Conseil d'État administratif et du Conseil d'État statuant au contentieux ; le premier garderait le nom de Conseil d'État, le second prendrait celui de Cour suprême de Justice ».

¹⁸¹⁵ On met en effet souvent l'accent sur la nécessité d'une connaissance approfondie du droit administratif, dérogoire au droit commun et foncièrement différent de celui-ci, par la juridiction qui l'applique. En outre, la proximité prônée contribuerait à améliorer la qualité du contrôle exercé, puisque l'accès aux dossiers s'en trouve facilité, et que le juge administratif sera plus enclin à examiner ceux-ci dans leur intégralité (c'est-à-dire sur le fond, et pas simplement sur la forme). Enfin, "les décisions du juge seront plus facilement acceptées par l'administration si elles proviennent d'un juge proche d'elle, que si elles proviennent d'un juge qui lui est étranger, la connaît mal et la contrôle de loin" (G. Braibant, manuel précité).

¹⁸¹⁶ Voir par exemple la position de M. Gjidara, selon laquelle "il n'y a pas d'obstacle majeur à l'unification de la fonction juridictionnelle", seule solution apte à "mettre un terme à un système juridictionnel qui n'est plus que la survivance d'un passé révolu" (La fonction administrative contentieuse, L.G.D.J. 1972, p.365 s.). Pour X. Prétot, au contraire, "que le contentieux administratif relève de la même juridiction que le contentieux civil ou qu'il soit attribué à une juridiction spécialisée importe peu (...) dès lors que, quelle que soit la solution retenue, la faculté d'agir de l'exécutif se heurte, dans la logique de la séparation des pouvoirs, à la faculté d'empêcher d'un véritable juge qui tire ses pouvoirs et son autorité de sa seule qualité" (*art. cit.* p.166).

¹⁸¹⁷ Sur ce point, voir la décision du 23/01/1987 Conseil de la concurrence précitée, ainsi que R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°830, et la bibliographie établie par celui-ci.

¹⁸¹⁸ Quelques auteurs paraissent pourtant ne pas renoncer à l'idée, insistant sur la fragilité du fondement retenu par le Conseil, à savoir la "conception française de la séparation des pouvoirs". Cf. en particulier M. Bazex, "L'implosion du dualisme de juridiction", *Pouvoirs* 1988, pp.35 s. et plus particulièrement pp.41-42.

¹⁸¹⁹ Voir notamment M. Long, "L'état actuel de la dualité de juridictions", *Revue française de droit administratif* 1990, p.689.

administrative¹⁸²⁰. Dans le sillage de cette décision, quelques changements statutaires non négligeables ont été enregistrés : les conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont bénéficié de l'écho de la position du juge constitutionnel au travers de la loi du 6 janvier 1986 disposant qu'ils ne peuvent recevoir sans leur consentement, lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrat, une affectation nouvelle, même en avancement, ce en vue de garantir leur inamovibilité. Ce rapprochement avec le statut des magistrats de l'ordre judiciaire n'est pas le seul, puisqu'a été parallèlement créé un Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (C.S.T.A.), compétent pour toutes les questions relatives à la carrière et à la discipline des membres des juridictions administratives, mais qui, contrairement au Conseil supérieur de la magistrature, dispose d'un simple pouvoir de proposition et non de décision¹⁸²¹. En outre, et même s'ils ne bénéficient pas encore explicitement des mêmes garanties¹⁸²², les membres du Conseil d'État jouissent traditionnellement d'une inamovibilité de fait -leur avancement se pratiquant à l'ancienneté et "dans l'ordre du tableau" - "qui n'a rien à envier à celle des magistrats de l'ordre judiciaire"¹⁸²³.

2 - Rien de tout ce qui précède n'est pourtant de nature à affaiblir le bien-fondé des préventions traditionnelles contre les intelligences présumées entre juridiction administrative et administration active. La dépendance de la première vis à vis de la seconde se situe en effet sur un plan plus subtil, plus diffus. Nul juriste n'a jamais suspecté une pression directe des gouvernants pour contraindre les juges administratifs à adopter telle ou telle décision prédéterminée¹⁸²⁴, et en cela, la consécration d'une inamovibilité déjà garantie par les progrès du droit de la fonction publique ne constitue guère une avancée décisive. La question qui se pose intéresse plutôt ce qu'on pourrait appeler le "subconscient" du juge administratif. Il s'agit de savoir si, dans l'exercice de sa fonction contentieuse, il n'est pas "parfois guidé, au moins pour une part, par des considérations autres que de droit, correspondant sinon à une véritable soumission au pouvoir, du moins à une prise en compte, discutable, des exigences de celui-ci"¹⁸²⁵. Cette interrogation revêt une acuité particulière lorsqu'on apprend que les membres du Conseil d'État sont, à chaque changement de gouvernement, sollicités pour participer aux cabinets ministériels¹⁸²⁶. Les intéressés pourront ainsi, de retour dans leur poste initial, être

¹⁸²⁰ C.C., décision n°80-119 D.C. du 22/07/1980, Lois de validation, précitée. Le Conseil fonde cette qualification sur la loi du 24/05/1872, qui avait octroyé au Conseil d'État le pouvoir de juger définitivement les litiges qui lui étaient soumis, sans que ses arrêts n'aient plus à être soumis à l'approbation du chef de l'État (passage du système dit de la "justice retenue" à celui de la "justice déléguée").

¹⁸²¹ Sur le système mis en place par la loi du 6 janvier 1986, modifiée par celle du 25/06/1990, voir en particulier B. Pacteau, *Revue française de droit administratif* 1986, p.783 ; et *Les petites affiches*, 6 juillet 1990, p.10 ; ainsi qu'A. Cochemé, "Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel", *Revue française d'administration publique* 1991, p.97.

¹⁸²² Cette reconnaissance explicite ne saurait sans doute tarder. Le rapport Arthuis précité (p.157) s'étonne en effet que le statut des membres du Conseil d'État "n'aient pas la qualité de juge, et que leur statut reste régi, hormis quelques dispositions contenues dans l'ordonnance du 31 juillet 1945, par de simples décrets en Conseil d'État". Pour remédier à cette situation qualifiée de "paradoxale", le texte sénatorial estime que "la compétence en la matière doit revenir au seul législateur qui pourrait, à cette occasion, confirmer la qualité de magistrat des membres du Conseil d'État lorsqu'ils statuent au contentieux" (*ibid.*, p.158).

¹⁸²³ M. Long, *art. cit.*, p. 692.

¹⁸²⁴ Il s'agit là en effet d'une "indépendance au premier degré heureuse et incontestée" (O. Dupeyroux, *art. cit.*, *Revue du droit public* 1983, p.569).

¹⁸²⁵ *Ibid.*, p.570.

¹⁸²⁶ Le rapport Arthuis signale qu'au 1^{er} janvier 1992, 15 d'entre eux exerçaient ce type de fonctions (rapport précité, p.132). Sur le fait qu'une telle pratique pourrait éventuellement placer le Conseil d'État dans une situation délicate par rapport à l'exigence d'indépendance des juridictions visée par l'article 6 de la Convention européenne

amenés à examiner au contentieux des décisions qu'ils auront prises, situation qui, on en conviendra, n'est guère satisfaisante. Il nous sera sans doute rétorqué que l'évolution actuelle de la jurisprudence consiste, dans le cadre d'une "stratégie de relégitimation" étudiée notamment par Mme Loschak, à se démarquer plus nettement qu'auparavant des impératifs politiques¹⁸²⁷. Mais cet auteur a montré les "limites de l'audace du juge" à cet égard¹⁸²⁸, et l'on ne s'en montrera pas surpris outre mesure. La philosophie qui sous-tend le contrôle de l'exécutif en France se résume en effet, de tout temps, aux quelques mots qui composent cette maxime : "juger l'administration, c'est encore administrer". La juridiction administrative, "faite pour soutenir l'administration, non la gêner, non l'irriter inutilement"¹⁸²⁹, possède, grâce à sa parenté avec cette dernière, cette mentalité d'administrateur qui, si nécessaire, lui fera toujours privilégier à l'application stricte du principe de légalité une solution mieux adaptée aux besoins et aux réalités de l'action administrative. Faut-il vraiment s'en offusquer ? Oui, si l'inflexion consentie à la prédominance de la règle de droit n'est pas motivée par des considérations d'intérêt général, mais par des raisons plus politiques. Non dans le cas contraire : l'intérêt général, bien que constituant un concept extra-juridique, mérite qu'on le ménage. Moteur de l'action administrative, il paraît normal que celui qui juge celle-ci soit en mesure de l'apprécier et le garantir. C'est à ce seul prix qu'il peut mener à bien la tâche délicate qui lui incombe de "faire respecter les lois sans rendre ce contrôle juridictionnel insupportable aux gouvernements"¹⁸³⁰.

Le juge de l'excès de pouvoir ne s'affirme pas seulement sensible aux intérêts des parties qui s'affrontent devant lui ; il se montre, au surplus, soucieux de ne pas perturber outre mesure les situations juridiques qui ont pu se créer hors du cadre du litige qui lui est soumis.

SECTION 2. LA PRESERVATION DES DROITS DES TIERS

La théorie traditionnelle s'opposait à ce que des droits puissent naître, et, en conséquence, se cristalliser, sur le fondement d'un acte attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir et annulé à l'issue de son examen par le juge de la légalité. Mais des impératifs de sécurité juridique sont venus infléchir chacune de ces propositions. Il nous faudra, dès lors, tenter d'expliquer cette métamorphose jurisprudentielle.

des droits de l'homme, voir la note X. Prétot sous C.E.D.H., 24 novembre 1994, Consorts Beaumartin c/ France, *Dalloz* 1995, p.273.

¹⁸²⁷ "Le juge a su, ces dernières années, donner des gages d'indépendance à l'égard du pouvoir, n'hésitant pas à désavouer le gouvernement dans des affaires politiquement délicates comme l'affaire de l'expulsion des Iraniens de 1987 ou l'affaire Diouri en 1991 (...)" ("Quelle légitimité pour le juge administratif", *art. cit., Droit et Politique*, 1993, p.148).

¹⁸²⁸ Elle se fonde à ce propos en particulier sur l'incompétence protectrice, mais à l'évidence abusive, derrière laquelle celui-ci s'était réfugié s'agissant du recours exercé contre la circulaire qui, durant la guerre du Golfe, demandait aux présidents d'universités de n'inscrire aucun étudiant irakien dans leurs établissements pour l'année universitaire 1990-1991 (*ibid.*, p.149).

¹⁸²⁹ H. Puget, "Traditions et progrès au sein du Conseil d'État", Livre jubilaire du Conseil d'État, *Sirey* 1952, p.124.

¹⁸³⁰ J. Foyer, déclaration dans *Le Monde* du 1er août 1963 présentant la réforme réalisée par le décret du 30 juillet 1963.

Paragraphe 1. L'affirmation d'une possibilité de constitution de droits découlant d'un acte annulé

L'idée même d'une possibilité de création de droits par un acte qui perd tout fondement consécutivement à une annulation semble *a priori* surprenante, pour ne pas dire absurde. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a posé pour principe qu'il ne saurait en aller ainsi. La réalité pratique montre cependant un tout autre visage.

I - L'apparente contradiction dans la jurisprudence du Conseil d'État

L'idée classique, nous l'avons dit, affirme l'impossibilité de création de droits sur la base d'un acte annulé, et la jurisprudence *Cru*¹⁸³¹ proclame clairement ce principe. Pourtant, il apparaît que le juge administratif témoigne parallèlement d'un souci de protection des situations que la mesure annulée avait pu susciter au profit de tiers, n'hésitant pas à faire intervenir à leur profit le concept de "droits acquis", afin d'éviter qu'ils ne subissent les répercussions indirectes auxquelles pourrait les assujettir l'effet absolu de l'annulation. Il y donc là une contradiction évidente dans les termes employés par le Conseil d'État, qui ne peut être résolue qu'en considérant comme fausse l'une des deux propositions sus-énoncée.

II - La résolution de la contradiction

Afin de déterminer quelle est l'assertion qui ne correspond pas à la réalité, on peut s'inspirer du raisonnement qu'avait tenu M. Waline dans le domaine du retrait des actes illégaux¹⁸³². En la matière existe le même type de paradoxe, issu de la jurisprudence *Dame Cachet*¹⁸³³. Selon les règles posées par cette dernière en effet, un acte créateur de droits ne peut être rapporté qu'à la condition d'être irrégulier, et seulement si le délai de recours à son encontre n'est pas expiré. M. Waline récuse, en s'appuyant sur cette construction, l'idée traditionnelle selon laquelle un acte illégal n'a pu créer des droits. En effet, si l'on admettait ce postulat, la double condition exigée par l'arrêt *Dame Cachet* s'avérerait inutile : un acte irrégulier, par hypothèse non créateur de droits, devrait pouvoir être rapporté à toute époque ; l'illégalité de l'acte deviendrait en conséquence le seul critère opérant en la matière, et se suffirait à elle-même.

On retrouve ces mêmes données dans le domaine de l'annulation par voie de conséquence. Si l'on admet, avec l'arrêt *Cru*, que la mesure prise sur le fondement de l'acte annulé ne saurait créer de droits, point ne serait besoin d'exiger qu'elle soit, elle aussi, attaquée dans le délai de recours ouvert à son encontre pour subir le contrecoup de l'annulation prononcée : du seul fait de la disparition de la décision qui lui servait de base juridique, elle devrait obligatoirement chuter. Or, comme nous l'avons déjà souligné¹⁸³⁴, le Conseil d'État impose, dans la plupart des cas, que l'acte-conséquence qui avait pour but de faire naître des droits au profit de tiers à l'annulation ait fait l'objet d'un recours propre, avant de faire jouer cet automatisme. Par là-même, il admet nécessairement l'idée que des droits ont pu être créés sur sa

¹⁸³¹ Jurisprudence précitée.

¹⁸³² Cf. note sous l'arrêt C.E., 3/02/1956, de Fontbonne, *Revue du droit public* 1956, p.859.

¹⁸³³ Jurisprudence précitée.

¹⁸³⁴ Cf. Partie I, Titre II, Sous-titre I.

base, droits qui se trouvent cristallisés - et donc protégés par le principe d'intangibilité - à l'expiration du délai contentieux.

La jurisprudence tranche ainsi sans discussion possible dans un sens positif la question de savoir si un acte dont l'illégalité est indirectement avérée par l'annulation de la décision qui le fonde peut valablement engendrer des droits. Reste à déterminer le pourquoi d'une telle permission.

Paragraphe 2. L'explication de la possibilité de constitution de droits découlant d'un acte annulé

Comment un acte qu'on dit n'avoir jamais existé a-t-il pu engendrer des situations juridiquement protégées ? Pour répondre à cette interrogation, il nous faut préalablement mettre en avant que ce phénomène ne saurait être *directement* l'œuvre de l'acte annulé, celui-ci n'ayant pu cristalliser la situation qu'il entendait instaurer. Ainsi, par exemple, l'annulation de la nomination d'un fonctionnaire entraînera nécessairement la désinvestiture de ce dernier, sans qu'il puisse invoquer un prétendu droit à rester en fonctions. C'est sans aucun doute ici qu'il faut rechercher le sens à donner au principe formulé par l'arrêt *Cru*¹⁸³⁵.

La création de droits qui survivront à l'annulation juridictionnelle ne peut donc se concevoir que par l'entremise d'une mesure autre que celle qu'a censurée par le juge de l'excès de pouvoir, paramètre que nous étudierons dans un premier temps. Mais une autre difficulté naît de ce que la légalité de cette mesure apparaît tellement liée à celle de l'acte annulé qu'elle devrait en théorie disparaître avec lui. Dès lors, le second problème qui nous occupera se résume à savoir comment, malgré cet automatisme de principe, pourront survivre les droits créés.

I - Les facteurs permettant la création du droit

On pourrait tout d'abord être tenté d'agréger la mesure d'exécution d'un acte annulé à la théorie de l'inexistence, ce qui la condamnerait irrémédiablement à l'incapacité de créer un droit. Il faudra donc s'attacher à distinguer les deux idées, chose parfaitement possible pour ce qui est des actes-conséquence édictés antérieurement à la censure juridictionnelle de la décision qui leur sert de fondement. Cette situation apparaît extrêmement fréquente en pratique, ce qui explique la multiplicité des hypothèses dans lesquelles se trouvent créés des droits découlant indirectement d'actes censurés par le juge de l'excès de pouvoir.

¹⁸³⁵ On retrouve cette nuance dans la distinction entre effets juridiques directs et indirects de l'acte annulé que pratiquent notamment les droits belges et européens. Voir sur ce point E. Paulis, "Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de justice des Communautés Européennes", *Cahiers de Droit européen* 1987, p.246.

A. La mesure d'exécution antérieure au prononcé de l'annulation ne constitue pas un acte inexistant

Le problème se pose en termes extrêmement simples : si l'on peut qualifier l'acte-conséquence d'une décision annulée d'acte inexistant, il ne peut, par définition, créer des droits, l'idée d'inexistence s'y opposant formellement. En dépit des tentations qui poussent à une telle assimilation, celle-ci s'avère largement excessive. S'ouvre ainsi un champ à la génération de droits.

1 - L'idée d'inexistence

Si cette idée recouvre des situations multiples, elle produit en revanche des effets globaux, parmi lesquels il faudra insister sur l'incapacité de créer la moindre obligation juridique.

a) Les différentes formes d'inexistence

a¹) L'inexistence matérielle

Ce qu'il est convenu de nommer "inexistence matérielle" frappe des actes qui ne sont jamais réellement intervenus, dont la prétendue édicition s'avère simplement fictive. Cette hypothèse, particulièrement attachée au domaine des délibérations de conseil municipal¹⁸³⁶, n'appelle aucun développement particulier ; si ce n'est peut-être qu'elle conduit le juge administratif à vérifier si l'acte contesté a bel et bien été édicté, au besoin en provoquant une enquête¹⁸³⁷.

a²) L'inexistence juridique

Inspirée par une doctrine civiliste très controversée s'appliquant notamment à certains mariages et conventions¹⁸³⁸, cette notion "correspond à l'idée que certains vices sont tellement graves qu'ils affectent non seulement la validité de l'acte juridique, mais encore son "être" même"¹⁸³⁹. L'histoire de ce concept, lancé au XIX^{ème} siècle par Laferrière dans son traité de contentieux administratif¹⁸⁴⁰, est émaillée d'incertitudes liées à une certaine prudence jurisprudentielle et d'emplois sporadiques, analysés parfois comme une "résurrection" de la théorie¹⁸⁴¹. Malgré tous ces avatars, on peut affirmer sans conteste que "la notion d'inexistence présente aujourd'hui une spécificité incontestable qui en justifie l'étude", dans la mesure où "elle se retrouve aussi bien en doctrine que dans les conclusions de commissaires de

¹⁸³⁶ Voir par exemple C.E., 5/01/1966, Syndicat C.G.T.- F.O. des employés communaux de la ville de Morez, p.5 : référence à une délibération du conseil municipal qui n'est, en fait, jamais intervenue, dans un arrêté municipal prétendant en faire application. Pour un cas à peu près similaire (lettre du maire faisant état d'une délibération jamais intervenue), Cf. C.E., 22/07/1977, Union des coopératives de l'Hérault, Gard et Aude, p.345.

¹⁸³⁷ C.E., 4/02/1955, Lods, p. 67 ; *Daloz* 1955, p.616, note J.-M. Auby.

¹⁸³⁸ Par exemple un contrat passé avec une personne morale qui n'a pas d'existence juridique ou avec un enfant en bas âge ; un prétendu mariage entre deux individus du même sexe, etc.

Pour plus de détails, Cf. *Répertoire Dalloz de Droit civil, "Acte" ("inexistence")*.

¹⁸³⁹ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, t.2, p.256.

¹⁸⁴⁰ *Op. cit.*, t.2, p.470.

¹⁸⁴¹ Cf. notamment l'article de P. Weil, "Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif", *Daloz* 1958, chronique, p.49.

Pour une chronologie détaillée de l'histoire de l'emploi de la notion par la jurisprudence, Cf. J.-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours administratifs*, n° 92-2, p.92 s.

gouvernement ou qu'en jurisprudence"¹⁸⁴². Pour appréhender le plus clairement possible cette théorie aux contours incertains, nous nous permettrons d'adopter - et d'adapter - la typologie établie par MM. G. Vedel et P. Delvolvé dans leur manuel de droit administratif¹⁸⁴³. Selon ces auteurs, il convient d'effectuer un *distinguo* entre deux catégories de mesures inexistantes :

* L'acte totalement inexistant

Sous cette appellation¹⁸⁴⁴ se regroupent deux genres de décisions :

- celles qui ont été prises par un individu qui, bien que ne possédant pas le statut d'autorité administrative, a tenté de s'arroger ce pouvoir. Outre les risques de condamnation pénale pour usurpation de pouvoir auxquels leur auteur s'expose¹⁸⁴⁵, ces décisions seront déclarées "nulles et de nul effet" par le juge¹⁸⁴⁶, à moins que ne s'interpose la théorie des fonctionnaires de fait qui, on le sait, fait parfois prévaloir les apparences de la réalité sur la réalité elle-même¹⁸⁴⁷.

- celles qui, selon la formule traditionnelle, sont "manifestement insusceptibles de se rattacher à l'application d'un pouvoir appartenant à l'administration"¹⁸⁴⁸. C'est là un critère commun entre acte inexistant et acte constitutif d'une voie de fait, et certains auteurs n'ont pas manqué de procéder à des recoupements entre les deux théories¹⁸⁴⁹, même des différences notables les séparent¹⁸⁵⁰. On peut citer, afin d'illustrer cette catégorie d'actes inexistantes, des affaires dans lesquelles l'administration a soit empiété de manière grave et manifeste sur les attributions des tribunaux ou des autorités judiciaires¹⁸⁵¹, soit pris certaines mesures qu'aucun texte ne lui donne le pouvoir d'édicter¹⁸⁵².

¹⁸⁴² B. Odent, "Inexistence", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n°6 et n°16. Qui plus est, elle a trouvé écho dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Cf. C.J.C.E., 15/06/1994, Commission c/ B.A.S.F., *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.724, note P. Le Mire.

¹⁸⁴³ *Op. cit.*, t.2, pp. 256/257.

¹⁸⁴⁴ Qui couvre également, pour MM. Vedel et Delvolvé, le cas sus-évoqué de l'acte matériellement inexistant (*ibid.*).

¹⁸⁴⁵ Cf. par exemple Cass. crim, 11/12/1962, *Dalloz* 1963, p.135.

¹⁸⁴⁶ Voir notamment, à propos de décisions prises à la place du conseil municipal ou du maire de Bordeaux par un prétendu "conseil d'administration" (organisme sans existence juridique composé de membres de la municipalité), C.E., S. 28/10/1932, Laffitte et autres, p.882 ; *Sirey* 1933.3., p.65, note A. Mestre ; cette solution vaut quand bien même ce "conseil d'administration serait composé du maire et de ses adjoints" : C.E., 9/11/1983, Saerens et autres, p.453).

¹⁸⁴⁷ Voir *supra*.

Et sur le jeu particulier de la théorie en matière d'actes inexistantes, voir notamment F. Wodié, "L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français", *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, pp.76 s., et plus précisément pp.83 s.

¹⁸⁴⁸ T.C., 27/06/1966, Guigon, p.830 ; *La semaine juridique* 1967, II, n°15135, conclusions R. Lindon ; *Dalloz* 1968, p.7, note J.-C. Douence ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.547, note A. de Laubadère ; et C.E., 13/07/1966, Guigon, p.476 ; *Dalloz* 1969, p.669, note F.-G. Bertrand.

¹⁸⁴⁹ Cf. notamment P. Le Mire, "Inexistence et voie de fait", *Revue du droit public* 1978, p.1219 s.

¹⁸⁵⁰ D'une part, en effet, la voie de fait peut être constituée par l'exécution irrégulière d'une décision *a priori* régulière (voir en particulier, à propos d'une expulsion d'un logement de fonction, alors que d'autres voies de droit pouvaient être exercées et qu'il n'y avait pas urgence, T.C., 25/11/1963, Epoux Pelé, p.795), alors que l'inexistence n'intéresse que des actes juridiques ; d'autre part, la voie de fait ne trouve sa place qu'en matière d'atteintes à la propriété privée ou aux libertés fondamentales, domaine beaucoup plus étroit que celui que peut occuper, nous allons le voir, la théorie de l'inexistence.

¹⁸⁵¹ Voir par exemple, s'agissant d'un acte préfectoral déclarant inexistantes des opérations électorales au lieu de saisir la juridiction administrative compétente C.E., Ass., 31/05/1957, Rosan Girard, p.355, conclusions F. Gazier ;

* L'acte "quasi inexistant"

Cette terminologie, empruntée à MM. Vedel et Delvolvé, tend à englober sous une appellation générique un certain nombre de situations *a priori* distinctes les unes des autres, mais qui ont pour dénominateur commun d'intéresser des actes qui, sans atteindre le degré d'inexistence pour ainsi dire "structurelle" des actes totalement inexistantes, sont "affectés d'une irrégularité si grossière que, selon la terminologie du Conseil d'État, ils "doivent être regardés comme inexistantes" (...) ou "nuls et nonavenus" ou encore "nuls et de nul effet"¹⁸⁵³. Quelques exemples vont nous permettre de mieux cerner les décisions concernées : on peut citer en particulier les nominations ou promotions pour ordre à une fonction publique, c'est-à-dire celles qui ne sont pas suivies d'une affectation effective¹⁸⁵⁴, les décisions administratives prises en méconnaissance de la survenance de la limite d'âge d'un fonctionnaire¹⁸⁵⁵, ou certains actes pris par des autorités qui n'étaient pas habilitées à les édicter¹⁸⁵⁶. Ici, point d'usurpation de pouvoir, et les actes en cause sont parfaitement susceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'administration ; pourtant le juge va faire jouer pareillement la notion d'inexistence.

b) Les conséquences de l'inexistence

Dalloz 1958, p.152, note P. Weil ; et, concernant l'ordre d'apposer des scellés sur un domicile privé sans intervention des autorités judiciaires, C.E., S., 10/10/1969, Consorts Muselier, p.432 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.686, chronique R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle ; *Dalloz* 1969, p.669, note F.-G. Bertrand ; *La Revue administrative* 1970, p.29, conclusions G. Braibant ; *Revue du droit public* 1970, p.774, note M. Waline.

¹⁸⁵² Cf. par exemple T.A. Clermont-Ferrand, 24/04/1990, Préfet de la Région Auvergne c/ Commune du Cendre ; *Gazette du Palais*, 3/11/1990, note J.-P. Briseul : délibération du Conseil municipal décidant que les expulsions locatives et les saisies immobilières seraient interdites sur le territoire de la commune ; cette délibération, qui ne peut se rattacher à aucune des compétences reconnues à la commune par la législation ou la réglementation, porte évidemment atteinte tant aux attributions du législateur qu'à la force exécutive des décisions de justice, et doit être par conséquent regardée comme nulle et non avenue.

¹⁸⁵³ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, pp.256/257.

¹⁸⁵⁴ La position du Conseil d'État en la matière est depuis longtemps arrêtée (Cf. C.E., S., 19/11/1926, Monzat, p.1002) et n'a jamais été démentie. Pour quelques exemples récents, voir notamment C.E., 1er/10/1990, Ministre des P.T.T., Nasalluci et autres, p. 262 ; C.E., S., 9/09/1990, Fleret, p.319.

Voir également, s'agissant d'un décret déléguant à un magistrat les fonctions d'avocat général près la Cour de cassation qu'il n'a pas exercées, C.E., S., 12/06/1991, Association professionnelle des magistrats et Pringuez, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.506 et 509, 1^{ère} espèce, chronique C. Maugué et R. Schwartz.

¹⁸⁵⁵ C.E., 3/02/1956, de Fontbonne, p.45 ; *Revue du droit public* 1956, p.859, note M. Waline précitée ; C.E., 15/07/1958, Jouve et autres, p.933.

¹⁸⁵⁶ C.E., 28/02/1986, Commissaire de la République des Landes, p.50 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.326, note J. Moreau ; *Revue du droit public* 1986, p.1468, note J.-M. Auby ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.219, obs. J.-C. Douence : prétendues délibérations qui n'ont en réalité jamais été adoptées par le conseil municipal mais qui émanent en réalité du maire.

Bien que le concept d'inexistence recouvre des situations variables, il existe une assez grande homogénéité dans les effets produits par son emploi. Le principal d'entre eux¹⁸⁵⁷ veut que l'acte inexistant ne puisse créer aucune obligation juridique.

* Cette conséquence est tellement liée à la nature même de la théorie qu'initialement, le juge se refusait à connaître des recours intentés contre de tels actes, au motif qu'il ne s'agissait pas de décisions faisant grief¹⁸⁵⁸, ou parce qu'il considérait ces décisions "inopérantes" puisqu'elles ne pouvaient rien ajouter ou retirer au droit positif¹⁸⁵⁹. Nul besoin, pensait-on, d'un recours pour constater l'acte inexistant, expression du néant. Toute autorité serait en effet habilitée à procéder à ce faire ; permettre une action en excès de pouvoir contre un tel acte reviendrait en outre à lui reconnaître une consistance juridique qu'il ne possède pas¹⁸⁶⁰. La nécessité d'une intervention juridictionnelle s'est pourtant peu à peu imposée, ne serait-ce que pour trancher - avec force de vérité légale - le point de savoir si un acte litigieux revêt réellement les caractéristiques de l'inexistence, ou s'il s'avère simplement entaché d'illégalité. Et la trop stricte logique des premières analyses a cédé la place à l'admission non seulement d'un recours propre, destiné à constater l'inexistence d'une décision donnée¹⁸⁶¹, mais également à la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre un acte inexistant, le juge, lorsqu'il retient ce caractère, requalifiant *de facto*¹⁸⁶² la voie de droit suivie de recours en inexistence¹⁸⁶³.

* La principale incidence du principe qui exclut la constitution d'une obligation juridique quelconque sur la base d'un acte inexistant réside cependant dans le fait que celui-ci est insusceptible de créer le moindre droit¹⁸⁶⁴. L'inefficacité foncière de ce type de décisions

¹⁸⁵⁷ Nous ne nous intéresserons pas au problème de savoir s'il existe une obligation de désobéissance à l'acte inexistant, beaucoup trop éloigné de nos préoccupations. Sur ce point, voir F. Wodié, *art. cit.* pp.87/88.

¹⁸⁵⁸ C.E., 30/06/1893, Adam, p.533 ; C.E., 26/04/1901, Seyve, p.408.

¹⁸⁵⁹ C.E., 20/01/1911, Naudet, p.52 ; C.E., 21/03/1934, Bassières, p.400.

Cependant, comme le souligne M. Weil (*art. cit.* pp.52/53), "les motifs de l'arrêt -indiquaient- à l'administration et au requérant qu'aucun compte ne -devait- être tenu de la décision", ce qui produisait donc en pratique un résultat "identique à celui d'une déclaration de nullité".

¹⁸⁶⁰ En ce sens, voir Kellershohn, *op. cit.* Livre I.

Eisenmann (*Cours de droit administratif*, D.E.S. 1959-1960, p.109) partageait la même analyse en matière de retrait : "Peut-on concevoir la mise à néant du néant ?"

¹⁸⁶¹ Cela est tout d'abord valable pour ce qui est des actes matériellement inexistantes, puisqu'ils peuvent donner lieu "à tout moment" à un recours en déclaration d'inexistence. La solution, longtemps incertaine, a été affirmée par l'arrêt C.E., 9 mai 1990, Commune de Lavar, p.115 ; *Dalloz* 1991, Somm. com., p.135, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. La règle est la même pour l'acte juridiquement inexistant, bien qu'il soit très rarement exercé en raison de sa très faible notoriété. Il existe toutefois une différence contentieuse de taille entre les différentes catégories d'actes inexistantes : alors que le juge administratif est seul compétent pour déclarer qu'un acte n'est pas réellement intervenu (C.E., 26/01/1940, Commune d'Agos-Vidalos, p.34 ; *Sirey* 1941, 3, p.16) ou qu'il se rattache aux hypothèses de "quasi inexistence" (Cf. Vedel et Delvolvé, *op. cit.*, p.257), les deux ordres de juridiction sont habilités à attester d'une inexistence juridique totale (T.C., 27/06/1966, Guigon, précité). Pour plus de précisions sur ces points, voir *infra*, Chapitre suivant.

¹⁸⁶² Cette requalification est en effet le plus souvent implicite et résulte d'un assouplissement des conditions de recevabilité du recours, ainsi que de la rédaction du dispositif, qui ne prononce pas l'annulation sollicitée mais déclare la mesure litigieuse "nulle et non avenue". Voir, déplorant ce "manque de rigueur" imputable notamment au Conseil d'État, B. Odent, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°41.

¹⁸⁶³ Il faut préciser toutefois que ce procédé semble, quant à lui, simplement ouvert à l'encontre des actes juridiquement inexistantes (pour un exemple caractéristique, voir C.E., 8/05/1968, Thorel, p.285). Pour ce qui est des actes qui ne constituent que de faux-semblants, le juge déclarera irrecevable le recours pour excès de pouvoir (C.E., S., 26/01/1951, Galy, p.46 ; *Sirey* 1951.3., p.52, conclusions R. Odent).

¹⁸⁶⁴ C.E., S., 18/04/1958, Kempf, p.212 : l'acte inexistant étant dépourvu de toute valeur juridique, n'entre pas dans la catégorie des actes créateurs de droits.

vient de ce qu'elles ne sont jamais entrées et qu'elles n'entreront jamais¹⁸⁶⁵, en raison de la gravité du vice qui les éclabousse, dans l'ordonnement juridique. D'où le désir qui pourrait naître d'assimiler sur ce point acte inexistant et acte dont la base juridique a rétroactivement disparu.

2 - La tentation de l'assimilation

L'acte annulé est censé n'avoir jamais été édicté. De là à rapprocher l'acte annulé de l'acte inexistant, il n'y a qu'un pas, dont certains auteurs ont montré l'étroitesse¹⁸⁶⁶, et que d'autres n'ont pas hésité à franchir¹⁸⁶⁷. Une telle assimilation se révélerait cependant lourde de conséquences, dans la mesure où un acte inexistant transmet ce caractère aux mesures qui ont pu être prises sur son fondement¹⁸⁶⁸. Si l'on considère dès lors qu'actes annulés et actes inexistants se confondent, la logique veut que les décisions que les premiers ont pu fonder, ont été impuissantes à engendrer un quelconque droit. Il y a là un hiatus avec la réalité jurisprudentielle qu'il est aisé de gommer.

3 - Les limites de l'assimilation

L'acte annulé rejoint l'acte inexistant dans le néant ; il possède cependant un "passé juridique" qui fait défaut à ce dernier¹⁸⁶⁹. Pour preuve, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur l'idée qu'une annulation ne fait pas perdre à la décision qu'elle frappe son caractère administratif¹⁸⁷⁰. Par son insertion temporaire dans le droit positif, l'acte qui est au bout du compte voué à la censure a pu produire certains effets, être la source d'obligation qui, en raison de la présomption de conformité au droit dont jouissent les décisions administratives jusqu'à que leur irrégularité soit avérée, ont contraint les administrés, ou leur ont bénéficié,

¹⁸⁶⁵ La régularisation d'un acte inexistant n'est pas en effet admise par la jurisprudence (Cf. J.-J. Israël, *op. cit.*, p.176 ; et pour deux exemples jurisprudentiels, l'un très ancien, l'autre relativement récent : C.E., 20/05/1896, Commune d'Auxy, p.278 ; et 28/02/1986, Commissaire de la république des Landes, arrêt précité).

¹⁸⁶⁶ Pour MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois (*op. cit.*, p.567), la seule différence entre un prononcé d'annulation et un déclaration d'inexistence serait "purement formelle, puisque, dans l'un et l'autre cas, la décision disparaît rétroactivement et qu'elle est réputée n'être jamais intervenue".

¹⁸⁶⁷ B. Odent (*Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°46), après avoir souligné l'étendue des effets d'un jugement rendu en excès de pouvoir (disparition rétroactive de l'acte censuré et obligation pour l'autorité compétente d'en tirer toutes les conséquences nécessaires), affirme que "les effets d'une déclaration d'inexistence ne diffèrent pas des effets d'une annulation".

¹⁸⁶⁸ Ainsi, par exemple, une titularisation faisant suite à une nomination pour ordre est elle aussi considérée comme frappée d'inexistence : C.E., S., 9/11/1990, Fléret, p.319 ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.1104.

¹⁸⁶⁹ La plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question ont souligné cette différence conceptuelle fondamentale qui sépare un acte annulé d'un acte déclaré inexistant. Ainsi F. Wodié (*art. cit.*, p.77) : "que la décision prononçant la nullité confonde dans le néant l'acte illégal et l'acte inexistant n'enlève guère à chacun sa spécificité. L'acte annulable n'est pas, parce qu'il n'est plus ; en d'autres termes, il cesse d'exister après avoir existé. L'acte illégal annulé sort de l'ordonnement juridique où il s'était introduit (...) ; l'acte inexistant n'y est jamais entré".

¹⁸⁷⁰ Laferrrière, *op. cit.*, t.1, p.478 ; et jurisprudence constante, dont on peut tirer par exemple T.C., 26/01/1950, Sieur Ponzevera, p.649, conclusions R. Odent : l'annulation, par le Conseil d'État, des actes administratifs qui servaient de base à une réquisition, ne dénature pas l'action administrative au point de donner à cette dernière le caractère d'une voie de fait.

Voir également T.C., 27/11/1952, Flavigny, p.543 ; *La semaine juridique* 1953.II, n°7438, conclusions M. Letourneur, note C. Blaevet ; et 8/07/1963, Consorts Baegue, p.788.

durant sa période d'application. Les mesures qu'il a fondées ne peuvent, en conséquence, être considérées comme dépourvues de toute base, et se démarquent de ce fait de l'inexistence.

Il nous faut insister cependant sur un point : la mesure d'application de l'acte annulé n'est considérée comme entachée d'une simple irrégularité qu'à la condition d'avoir été édictée antérieurement au prononcé du jugement qui censure son acte-base. La mise en œuvre d'une mesure déjà annulée franchirait quant à elle la frontière de l'inexistence, puisqu'elle se rapporterait à un acte qui, lorsqu'elle intervient, est réputé n'avoir jamais été édicté¹⁸⁷¹. Il en va de même pour toute action destinée à régulariser un acte annulé qui tenterait de court-circuiter l'étape nécessaire de l'édition d'une mesure de remplacement¹⁸⁷².

Cette dernière hypothèse mise à part, il faut donc considérer que l'acte-conséquence pris antérieurement au prononcé de l'annulation de la décision qui lui servait de fondement s'avère simplement entaché d'irrégularité. Rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il ait pu donner naissance à des droits. Un principe bien établi en jurisprudence veut en effet qu'une décision qui a pour objet d'en créer y procède dès sa signature¹⁸⁷³. Le juge de l'excès de pouvoir devra donc prendre en compte cette donnée subjective supplémentaire, et ce d'autant plus que la situation se rencontre fréquemment, du fait d'éléments propres au contentieux administratif.

B. La survenance fréquente de mesures d'exécution antérieures au prononcé de l'annulation

Il n'est bien évidemment pas question de revenir en détail sur ce problème ici : on a déjà eu l'occasion de montrer que la conjugaison du phénomène de la lenteur de la juridiction administrative et du principe de l'effet non suspensif des recours fait qu'un acte attaqué en excès de pouvoir a pu recevoir de nombreuses exécutions avant d'être annulé¹⁸⁷⁴. Nous profiterons simplement de ce rappel pour souligner que les hypothèses dans lesquelles sont édictées des mesures créatrices de droit sur la base d'un acte qui est, au bout du compte, annulé par le juge administratif, se révèlent relativement fréquentes en pratique. Le juge de l'excès de pouvoir se trouve donc contraint d'intégrer cette donnée, que les conceptions initiales du recours avaient totalement négligé, dans le raisonnement qu'il tient.

Les nombreux actes-conséquence qui ont pour objet d'engendrer des droits y procèdent donc à partir de leur édition, même si la mesure qui leur sert de base fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette menace contentieuse n'a aucune incidence sur la création de droits. Mais elle paraît en revanche s'opposer immanquablement à leur cristallisation, au cas où une annulation sera finalement prononcée. L'acquisition du caractère définitif de l'acte-conséquence semble en effet conditionnée par le rejet du recours dirigé contre la décision qui le fonde juridiquement, puisqu'une issue contraire rejaillirait nécessairement sur la légalité de celui-ci.

¹⁸⁷¹ Voir notamment en ce sens Cass. Civ., 27/02/1950, *La semaine juridique* 1950.II, n°5517, note Cavarroc.

¹⁸⁷² Cette forme d'inexistence est parfaitement illustrée par l'arrêt Dame Nardin (C.E., 20/05/1988, p.198 ; *Le Quotidien juridique*, 1er août 1989, p.2, note M.-C. Rouault) : est réputé nul et de nul effet un arrêté du commissaire de la république de Haute-Savoie destiné à compléter la motivation insuffisante d'un arrêté antérieur censuré par le juge de l'excès de pouvoir.

¹⁸⁷³ Et non à compter de sa notification ou publication : C.E., 19/12/1952, Dlle Mattéi, p.594 ; *Sirey* 1953, III, p.38. Cf. également C.E., S., 24/02/1967, de Maistre, p.91 ; *La semaine juridique* 1967.II, n°15068, conclusions Rigaud ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.342, note G. Peiser.

¹⁸⁷⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

C'est sans compter toutefois sur un certain nombre d'éléments qui viennent contrarier cette logique en apparence implacable.

II - Les facteurs autorisant la survie du droit

Ils se révèlent doubles, mais totalement complémentaires.

A. La spécificité contentieuse de la mesure d'exécution

L'explication du phénomène de cette cristallisation des droits réside dans la démonstration d'une certaine "autonomie contentieuse" de l'acte-conséquence : bien que son sort s'avère étroitement lié à celui de l'acte annulé, il ne faut pas oublier qu'il est, lui aussi, pleinement susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, et un délai est prévu à cet effet. Or, à ce propos, on peut reprendre les réflexions de M. Waline s'attachant à dégager la raison d'être dudit délai et de sa brièveté : "pendant les deux mois qui suivent la publication ou la notification de l'acte, le législateur estime qu'il y a un plus grand inconvénient social à maintenir un acte illégal qu'à l'annuler. Mais, après ces deux mois, la situation est renversée : le législateur estime que "mieux vaut une injustice qu'un désordre" ; l'intérêt social est moins atteint par le maintien d'une illégalité, si regrettable soit-il, que par le bouleversement d'une situation qui paraissait acquise. En conséquence, le souci de la légalité est sacrifié à celui de la stabilité des situations"¹⁸⁷⁵.

De ces considérations se dégage la logique suivante : du moment qu'un délai contentieux est imparti pour la remise en cause de l'acte-conséquence, l'expiration de celui-ci, si elle n'a évidemment aucune influence sur la question de la légalité de l'acte¹⁸⁷⁶, a pour effet de le rendre en principe définitif. De ce fait, s'il revêt un caractère créateur de droits, ces derniers devront désormais être considérés comme intangibles. L'annulation de l'acte-base ne pourra plus, dès lors, produire sur eux le moindre effet négatif ; si elle atteste l'illégalité de la mesure qui les a engendrés, elle ne saurait faire que celle-ci mette en péril des situations réputées acquises. En d'autres mots, on peut dire que l'annulation d'un acte n'influe en rien sur la cristallisation des droits créés par ses actes-conséquence si le délai contentieux ouvert à leur rencontre est expiré.

B. La compatibilité avec les droits du requérant

¹⁸⁷⁵ Note précitée, p. 862 ; voir également le rapport de M. Wasmer à l'Assemblée Nationale (Doc. A.N., 11745, J.O. du 28/10/1955) : "la sécurité et l'efficacité des décisions administratives, le respect des droits créés par elles exigent qu'au bout d'un certain délai ces décisions soient devenues définitives".

Cette analyse rejoint celle de nombreux auteurs, parmi lesquels se plaçait, dès 1922, Alcindor : "on ne veut pas que des situations concrètes reposant sur un acte administratif et réglées depuis longtemps puissent être mises en discussion" (*Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, 1912, p.83) ; elle a cependant été contestée par une frange importante de la doctrine, à la suite de Duguít (voir sur ce dernier point R. Muzellec, *op. cit.*, p.164).

¹⁸⁷⁶ Le caractère définitif de l'acte, on l'a déjà souligné, n'est jamais en effet synonyme de légalité, et l'irrégularité qui l'entache ne disparaît pas du fait de l'expiration du délai de recours ; pour preuve le mécanisme d'exception d'illégalité, qui permet de sanctionner ces situations sur un plan contentieux.

De l'approche traditionnelle - hautement contestable, nous le savons¹⁸⁷⁷ - qui tend à distinguer l'annulation d'un acte réglementaire de celle d'une mesure individuelle, la doctrine a conservé l'idée que des droits acquis au profit de tiers ne peuvent se constituer que dans le premier cas de figure. S'agissant en effet du principe dégagé par l'arrêt *Guille*¹⁸⁷⁸, elle a tendance à estimer que ce n'est pas la présence de droits acquis qui contraint le juge et l'administration à renoncer à la pleine exécution de la chose jugée, mais simplement le souci de conciliation et d'équité qui doit les animer¹⁸⁷⁹. L'analyse mérite toutefois d'être poussée un peu plus loin, car cette vision ne paraît pas correspondre à la réalité de cette construction jurisprudentielle :

a) Plus qu'à une simple considération d'un intérêt légitime des tiers de bonne foi qui ont, malgré eux, bénéficié d'une situation engendrée par une illégalité administrative, il semble qu'on ait affaire de réels "droits acquis" constitués à leur profit, et cela non seulement en présence d'une annulation frappant un acte réglementaire, mais également lorsque c'est une mesure individuelle qui a fait l'objet de la réprobation du juge de l'excès de pouvoir. Nous avons vu qu'une décision individuelle créait des droits dès son édicton, mais ceux-ci ne bénéficient du principe d'intangibilité qu'une fois réputés acquis. Ce caractère définitif résulte en règle générale de l'épuisement des voies de recours contentieux contre les actes dont ils procèdent. Mais on peut également estimer que si les droits se cristallisent toujours au terme de ce processus, leur intangibilité est soumise à une deuxième condition - qui s'ajoute à la précédente - lorsque l'acte fondant la mesure qui les engendrait a fait l'objet d'une censure juridictionnelle : dans ce cas, les droits ne seront réputés irrévocables que dans la mesure où non seulement l'acte qui les a créés n'a pas été lui-même attaqué devant le juge de l'excès de pouvoir, mais aussi à la condition que leur maintien ne se révèle pas inconciliable avec ceux que le bénéficiaire de l'annulation tient de celle-ci. Lorsqu'on assiste, en effet à un conflit entre les droits du requérant et ceux des tiers, il paraît normal que ceux du premier triomphent, car leur date de constitution est antérieure : comme il a déjà été souligné pour justifier le caractère rétroactif des mesures d'exécution de l'annulation, ils sont réputés acquis depuis la date d'intervention de la décision irrégulière sans laquelle l'intéressé n'en aurait jamais été spolié, sans laquelle les tiers n'auraient jamais vu se constituer la situation juridique dont ils bénéficient¹⁸⁸⁰. Mais dès lors que la réinstallation du requérant dans ses droits peut valablement se satisfaire du maintien des droits des tiers, il n'y a plus de raison de faire pâtir ceux-ci de l'annulation prononcée. Le justiciable qui bénéficie d'une reconstitution de carrière, de la même manière qu'il ne saurait prétendre, à cette occasion, à se voir favoriser par rapport à ses collègues en raison de l'illégalité qui l'a frappé, ne peut exiger la remise en cause des droits acquis par ces derniers s'ils ne sont pas absolument incompatibles avec sa juste réintégration.

¹⁸⁷⁷ Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

¹⁸⁷⁸ Arrêt précité (*ibid.*). Rappelons qu'en vertu de celui-ci l'administration peut parfois, en exécution d'un jugement annulant une mesure de désinvestissement, se contenter de réintégrer le requérant dans un poste équivalent à celui qu'il occupait, afin de ne pas perturber à l'excès les situations du tiers qui l'a remplacé.

¹⁸⁷⁹ Voir par exemple en ce sens J. Georgel, *Jurisclasser Dalloz*, fascicule précité n°58 ; et J. Carbajo, *op. cit.* p.250.

¹⁸⁸⁰ La situation serait totalement différente si le requérant ne bénéficiait pas de ce droit reconnu par une décision juridictionnelle, car les droits des tiers l'emporteraient alors inmanquablement : ainsi, l'administration ne saurait retirer gracieusement la sanction frappant un fonctionnaire fautif si cette mesure a pour effet d'entraîner l'exclusion d'un autre agent nommé à sa place et bénéficiant de droits acquis à occuper ce poste : C.E., 4/05/1949, Maunier, p.196.

b) Cette vision du problème permet de substituer à la distinction peu fondée des annulations de mesures réglementaires et individuelles un clivage beaucoup plus rationnel. Elle semble en effet de nature à expliquer l'ensemble des solutions jurisprudentielles :

* Elle s'avère en premier lieu parfaitement adaptée aux règles dégagées par les arrêts *Caussidéry* et *Quériaud* : en effet, l'annulation d'un acte réglementaire ne produit aucun droit particulier au profit du requérant, si ce n'est celui de voir cet acte disparaître de l'ordonnement juridique. Dès lors, il est normal que les droits acquis des tiers soient systématiquement préservés, puisque rien n'entre en conflit direct avec eux.

* Pour ce qui est maintenant du cas d'une annulation d'une décision individuelle, les seuls droits des tiers menacés sont ceux dont la pérennisation ferait obstacle à une exécution acceptable du jugement : pour reprendre l'exemple de l'éviction illégale, la censure de celle-ci ne mettra en cause la nomination du remplaçant que si aucun emploi identique ou équivalent n'est vacant¹⁸⁸¹, si le fonctionnaire évincé appartenait à une catégorie de fonctionnaires inamovibles¹⁸⁸², ou s'il s'agissait d'un emploi unique¹⁸⁸³. Il en ira de même si la mesure annulée prononçait un déplacement d'office¹⁸⁸⁴. Dans toutes ces hypothèses, le droit que le requérant tient du jugement d'annulation ne peut trouver pleine réalisation qu'à la condition de remettre en cause ceux qui s'étaient constitués au profit de son remplaçant¹⁸⁸⁵. En revanche, il faut considérer, depuis l'arrêt *Guille*, que du moment que droits du bénéficiaire de l'annulation et droits des tiers sont conciliables¹⁸⁸⁶, ces derniers deviennent intangibles. Une interrogation avait pu naître à ce propos d'une formule malheureuse employée par l'arrêt *Puisoye*¹⁸⁸⁷. Le second considérant de cette décision soulignait en effet que le ministre responsable de l'exécution n'était "pas tenu" de remettre en cause les tableaux d'avancement pris en conséquence de l'acte annulé, parce que leur maintien s'aurait conciliable avec une bonne exécution de l'annulation prononcée. Avec MM. Denoix de Saint Marc et Labetoulle¹⁸⁸⁸, on doit toutefois penser "que le raisonnement doit être poussé plus loin, et qu'il convient d'admettre que le ministre, qui n'y était pas tenu, ne pouvait pas procéder à la réfection du tableau en le modifiant rétroactivement", une autre solution aboutissant en effet à permettre à l'administration de remettre en cause des situations définitivement acquises "sans que l'atteinte aux droits des fonctionnaires inscrits sur -ce tableau- soit justifiée par l'obligation d'exécuter la décision d'annulation".

¹⁸⁸¹ C.E., 10/11/1967, Rabdeau, p.424 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.410.

¹⁸⁸² C'était le cas des affaires Véron Réville et Corvisy précitées, concernant des magistrats judiciaires du siège.

¹⁸⁸³ Cf. affaire Bréart de Boisanger précitée, dans laquelle le bénéficiaire de l'annulation était l'administrateur de la Comédie-Française.

¹⁸⁸⁴ C.E., 15/11/1950, Tricot, p.554.

¹⁸⁸⁵ On peut considérer que, dans ces hypothèses, joue encore pleinement la jurisprudence Association des fonctionnaires de la Marine (jurisprudence précitée), contrairement à l'avis de MM. Auby et Drago (*op. cit.*, n°1228) qui l'estiment "aujourd'hui dénuée de portée".

¹⁸⁸⁶ Le juge vérifiera cependant scrupuleusement que l'emploi qui a été fourni au bénéficiaire de l'annulation est réellement équivalent à celui dont il a été privé avant d'autoriser une telle conciliation. Pour un exemple récent de sanction d'une réintégration dans un emploi ne pouvant être regardé comme équivalent, voir C.E., 31/05/1995, Mme Rodriguez, req. n°132639.

¹⁸⁸⁷ Arrêt précité.

¹⁸⁸⁸ *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, chronique précitée, p.492.

L'apparition d'éléments subjectifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir conduit à relativiser la place qu'il réserve aux préoccupations de légalité. Il serait toutefois abusif de considérer que cette voie de droit a, de ce fait, changé de nature : elle demeure par essence objective, mais n'ignore plus les situations concrètes des divers acteurs qui s'y affrontent¹⁸⁸⁹. On a enregistré en quelque sorte un phénomène inverse dans le domaine de l'exception d'illégalité qui, elle, a toujours accordé une importance particulière aux intérêts des particuliers et de l'administration, mais a connu un renforcement certain du souci d'anéantir les irrégularités dont elle permet la constatation.

¹⁸⁸⁹ Pour certains auteurs, il s'agirait en fait de parcelles de réalité contentieuse venant écarter, dès que nécessaire, la fiction de l'objectivité privilégiée par le Conseil d'État, fiction "bienfaisante" car ayant permis le contrôle poussé de l'administration que nous connaissons aujourd'hui : Cf. en particulier la préface de P. Weil à la thèse précitée de B. Kornprobst, pp. III et IV.

CHAPITRE 2. LE RENFORCEMENT DU SOUCI DE LEGALITE EN MATIERE D'EXCEPTION D'ILLEGALITE

Le juge administratif s'est toujours employé à faire respecter la légalité ; et la période récente n'a pas démenti cette vocation, bien au contraire, puisqu'un certain nombre de progrès significatifs ont pu être enregistrés en ce domaine¹⁸⁹⁰. L'exception d'illégalité n'est pas restée à l'écart de la tendance : là où les conceptions classiques imposaient une extrême prudence, matérialisée par un certain nombre de précautions prises au bénéfice tant des administrés que de l'administration elle-même¹⁸⁹¹, le contentieux contemporain a incontestablement conféré un place plus large au respect des exigences de légalité. Ainsi doit-on constater que "le principe de l'intangibilité des situations juridiques tend aujourd'hui à reculer au profit du principe de légalité"¹⁸⁹², ce qui a notamment pour effet de soumettre de plus en plus de décisions administratives à un contrôle incident¹⁸⁹³ ; parallèlement, le juge a manifesté une volonté évidente de neutraliser totalement l'acte qu'il est amené à déclarer irrégulier¹⁸⁹⁴.

SECTION 1. LA RESTRICTION DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ACTES NON REGLEMENTAIRES DEFINITIFS

Le principe d'intangibilité classiquement attaché aux actes non réglementaires définitifs conduit notamment, comme nous l'avons précédemment montré, à écarter toute possibilité d'exciper une quelconque illégalité affectant ces derniers¹⁸⁹⁵. Avant de nous intéresser à l'évolution du contentieux administratif sur ce point précis, il nous faut, semble-t-il, en justifier l'étude dans le cadre du présent travail : n'est-il pas en effet paradoxal de disserter sur une condition de recevabilité d'un moyen lorsqu'on est censé s'intéresser exclusivement aux incidences de l'admission de celui-ci ? En fait, l'inclusion de ce problème dans nos développements a pour simple objectif d'éclairer la transformation qu'a subie l'exception d'illégalité, transformation qui procède d'une dynamique générale ayant englobé à la fois les effets de la déclaration d'illégalité et les conditions permettant à celle-ci de se produire¹⁸⁹⁶.

De fait, il se trouve que le principe d'irrecevabilité des exceptions dirigées contre un acte non réglementaire définitif ne va pas sans tempéraments, et, dans de nombreux cas, le juge a admis la contestation incidente de décisions de ce type. Mais prudence : toutes ces hypothèses, qui traduisent généralement le souci d'éviter qu'une rigueur excessive en la matière ne conduise

¹⁸⁹⁰ Cf. en particulier G. Peiser, "Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'État", in *Mélanges R. Chapus*, p.517.

¹⁸⁹¹ Voir *supra*, Titre préliminaire.

¹⁸⁹² Chronique C. Maugué et R. Schwartz précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.337.

¹⁸⁹³ Et de ce fait fragilise sensiblement les garanties que ledit principe apportait aux administrés.

¹⁸⁹⁴ Ce qui relativise cette fois les garanties que la conception classique tendait à fournir à l'administration, car la survie de l'acte déclaré illégal sera pour elle de bien peu d'intérêt si elle ne peut l'appliquer !

¹⁸⁹⁵ Voir *supra*, Titre préliminaire.

On sait que là n'est pas la seule portée du principe d'intangibilité ; mais nous n'y reviendrons pas ici.

¹⁸⁹⁶ En outre, la spécificité du mécanisme de l'exception pourrait également, comme nous l'avons fait valoir à propos du problème de l'utilité du moyen incident, justifier également cette étude : en raison de sa bipolarité théorique, l'admission du moyen conditionne nécessairement l'unique effet que la déclaration d'illégalité est censée produire, à savoir la chute de l'acte attaqué au principal.

à des immunités abusives¹⁸⁹⁷, ne constituent pas autant d'entorses réelles au principe d'intangibilité.

Paragraphe 1. Les fausses dérogations au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs

Les hypothèses que nous allons ici envisager ne constituent pas à proprement parler des atteintes au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs, dans la mesure où les situations qu'elles concernent ne se plient pas, par définition, à cette règle. On peut les regrouper en deux grandes catégories :

I - Contestations dont l'objet n'est pas couvert par le principe d'intangibilité

Certaines décisions non réglementaires définitives ne bénéficieront pas de la protection du principe d'intangibilité dans la mesure où des textes législatifs particuliers vont permettre de se prévaloir de leur illégalité à l'appui de conclusions dirigées contre une autre décision. Mais ces solutions s'avèrent extrêmement ponctuelles, et le seul exemple vraiment significatif n'existe plus aujourd'hui¹⁸⁹⁸. Hormis l'hypothèse de l'intervention législative, il arrive que le principe d'intangibilité s'efface de lui-même dans la mesure où il ne couvre pas la partie de l'acte contestée, ou parce que son jeu est naturellement exclu par certaines caractéristiques de l'acte concerné.

A. Contestabilité des motifs d'une décision non réglementaire définitive étayant la prise d'une mesure nouvelle

Le problème s'est présenté en matière de répression disciplinaire, et a donné lieu à un arrêt de la Section du contentieux¹⁸⁹⁹ : une sanction avait été infligée à la requérante, justifiée par l'attitude insolente de cette dernière envers la directrice de l'hôpital dans lequel elle travaillait. Pour expliquer son choix de rétrograder l'intéressée d'une classe, le directeur général de l'Assistance publique à Paris faisait valoir que cette faute avait été précédée d'un manquement antérieur à la discipline, manquement pour lequel Mme Leray avait déjà été punie. Cette dernière pouvait-elle contester la matérialité ou la qualification juridique de son ancienne faute à l'appui de son recours contre la décision de rétrogradation, sachant que la punition qui

¹⁸⁹⁷ On peut à ce propos leur assimiler des solutions qui ne portent pas à proprement parler atteinte au principe d'intangibilité des actes non réglementaires, mais qui en réduisent l'efficacité en s'opposant, pour des raisons de sécurité juridique, à ce qu'un tel acte n'acquière abusivement la protection de la définitivité. Ainsi en va-t-il du système mis en place par l'article 9 du décret du 28 novembre 1983 prévoyant que "les délais de recours ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision". Voir sur ce point les différentes études précitées relatives au dit décret.

¹⁸⁹⁸ Il s'agit de l'ancien article L.121-33 du code des communes selon lequel la nullité de droit d'une délibération municipale pouvait "être prononcée par le préfet et proposée ou opposée par les parties intéressées à toute époque", article duquel le Conseil d'État avait déduit que la nullité de droit d'une décision municipale présentant à l'égard du requérant le caractère d'une décision individuelle pouvait être invoquée à toute époque, par la voie de l'exception, à l'appui d'une demande dirigée contre une décision prise en exécution de cette délibération (C.E., 9/01/1959, Ville de Nice, p.26 ; C.E., S., 22/10/1976, Compagnie française Thomson-Houston-Hotchkiss-Brandt, p.437). Cet article a été abrogé par l'article 21-1 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

¹⁸⁹⁹ C.E., S., 15/02/1963, Dame Leray, p.97.

l'avait alors sanctionnée n'avait fait l'objet d'aucun recours en temps utile ? La Section du contentieux l'a admis, et s'est assurée de ce que "l'appréciation faite par l'administration du comportement antérieur de la Dame Leray - n'avait pas - reposé sur des faits matériellement inexacts", ni été "entachée d'erreur de droit".

La recevabilité de la requérante à dénier la véracité de ces motifs provient du fait que l'administration, en en faisant état pour fonder la rétrogradation prononcée, les a pour ainsi dire intégrés aux motifs de cette dernière : l'agent sanctionné pouvait donc les mettre en cause en parallèle avec la contestation des motifs qui justifiaient plus directement la sanction attaquée. Il ne s'agit pas en conséquence d'une réelle dérogation au principe d'intangibilité, puisque l'objet de l'exception ne se situe pas à proprement parler dans une décision antérieure définitive, mais s'inscrit directement dans la mesure attaquée au principal.

B. Contestabilité permanente de certaines catégories de décisions non réglementaires

Parce que les types d'actes que nous allons évoquer à présent ne sont pas couverts par la règle d'intangibilité, naturellement exclue à leur profit, on ne peut considérer que leur contestabilité perpétuelle constitue une véritable dérogation à ce principe. La caractéristique commune de l'acte inexistant et de l'acte frauduleux réside en effet dans le fait qu'ils sont entachés d'un vice tellement grave qu'ils ne deviennent jamais définitifs, contrairement aux actes simplement illégaux, ce qui laisse la porte indéfiniment ouverte au mécanisme de l'exception. Cette propriété a de quoi inquiéter le juriste soucieux de la protection des situations individuelles, d'autant que le flou qui entoure ces notions pourrait conduire le juge à y assimiler des actes qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques ; mais la jurisprudence fait preuve d'une telle prudence en la matière qu'il ne convient pas de se montrer inutilement alarmiste à ce propos.

1 - Exception perpétuelle à l'égard des actes inexistantes

Nous avons déjà été amenés à définir la notion d'inexistence, qui se décompose, comme nous le savons, en différents sous-groupes¹⁹⁰⁰. Les actes matériellement inexistantes étant volontairement écartés de notre analyse¹⁹⁰¹, il faudra s'attacher à démontrer que toutes les décisions juridiquement inexistantes, bien que soumises à un régime contentieux spécifique selon la gravité du vice qui les affecte, sont indifféremment susceptibles d'une remise en cause incidente à toute époque.

a) Des règles contentieuses hétérogènes selon la nature de l'inexistence

Bien que les anciens auteurs aient soutenu qu'en présence d'un acte inexistant, il n'était pas nécessaire d'agir en justice dans la mesure où il suffisait qu'un administré se refuse à en tenir compte pour désarmer l'autorité administrative¹⁹⁰², l'intervention du juge s'est avérée en pratique souvent nécessaire pour trancher le point de savoir si l'acte en cause est réellement inexistant ou simplement illégal. L'appréciation ainsi portée possèdera force de vérité légale, et

¹⁹⁰⁰ Voir *supra*, Chapitre précédent.

¹⁹⁰¹ Les rares arrêts rendus en la matière posent en effet essentiellement des problèmes de preuve ; une fois celle-ci constituée, il va de soi que l'on peut se prévaloir à toute époque de la non-intervention de la mesure contestée.

¹⁹⁰² C'était en particulier l'opinion qu'avait émise L. Alcindor dans sa thèse : *Différentes espèces de nullités des actes administratifs*, Th. Paris, 1912.

légitimera le cas échéant la réticence des administrés à se plier aux prescriptions que l'acte contenait¹⁹⁰³. Toute la question est de savoir dans quelles conditions les différentes juridictions sont habilitées à se prononcer. Certains auteurs, dont R. Chapus¹⁹⁰⁴, ne font aucune différence à ce propos entre les différents types d'actes inexistant, notant en particulier que le recours en déclaration d'inexistence peut être porté indifféremment devant le juge administratif et judiciaire. L'état du droit ne semble pourtant pas aussi uniforme.

* Pour ce qui est des actes totalement inexistant

Qu'il s'agisse d'actes pris par une personne ayant usurpé son pouvoir de décision ou d'actes "manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration", la problématique est similaire : la constatation de leur inexistence "peut être faite par toute autorité administrative ou toute juridiction administrative ou judiciaire (car évidemment la règle de séparation des autorités administrative ou judiciaire ne joue pas à leur-égard)"¹⁹⁰⁵. Les seconds, qui recourent grandement la théorie de la voie de fait, sont à ce titre logiquement passibles d'être déclarés nuls et nonavenus par le juge judiciaire qui dispose d'une plénitude de juridiction en la matière¹⁹⁰⁶; les premiers, n'émanant de personnes qui n'ont que l'apparence d'autorité administrative, doivent être soumis au même régime, et les formules vigoureuses employées par le Conseil d'État à leur propos plaident en faveur de cette analyse¹⁹⁰⁷.

* Pour ce qui est des actes quasi inexistant

Une différence fondamentale les sépare des précédents : n'étant pas pris par une pseudo autorité et ne se détachant pas par principe des pouvoirs généraux de l'administration, ces actes n'atteignent pas tout à fait le stade de l'inexistence, d'où leur appellation générique. Si le juge leur reconnaît un caractère nul et de nul effet, c'est seulement, comme nous allons le voir, pour s'affranchir de certaines contraintes que lui imposent les règles de l'excès de pouvoir et qui lui empêcheraient de sanctionner une illégalité qu'il croit impardonnable ; mais le caractère administratif de la décision demeure, car ni la dénaturation inhérente à la voie de fait¹⁹⁰⁸, ni l'usurpation de pouvoir ne se retrouvent chez l'acte quasi inexistant. Aussi, il n'existe ici aucune raison spécifique pour permettre au juge judiciaire d'intervenir en vue d'apprécier ces actes ; ils relèveront donc de la compétence exclusive du juge administratif.

Cela s'est trouvé parfaitement corroboré par l'arrêt d'Assemblée *Maurice*¹⁹⁰⁹. Il s'agissait en l'espèce de sanctionner la nomination pour ordre d'un magistrat. Or, avant de raisonner au fond, le commissaire du gouvernement A. Bacquet s'est interrogé sur la question de la

¹⁹⁰³ En ce sens, Cf. F. Wodié, *art. cit.* p.86.

¹⁹⁰⁴ *Droit du contentieux administratif*, n°151-3.

¹⁹⁰⁵ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.*, p.256.

¹⁹⁰⁶ Cette solution, admise par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt Guigon précité, est venue mettre fin à une ancienne jurisprudence peu satisfaisante car trop subtile. Sur ce point, voir notamment J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.* p.93/94.

¹⁹⁰⁷ Voir notamment C.E., 8/12/1982, Commune de Dompierre, p.555 ; *Droit administratif* 1983, n°31 : pour qualifier une exclusion du corps des sapeurs-pompiers de la commune décidée par une simple réunion des membres du corps, le Conseil d'État n'hésite pas à employer l'expression "nulle et de nul effet" au motif qu'elle émanait d'une "autorité manifestement incompétente".

¹⁹⁰⁸ Cette théorie de la dénaturation est avancée par de nombreux auteurs pour expliquer le rôle du juge judiciaire en matière de voie de fait. Voir J. Moreau, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, "Voie de Fait" n°3.

¹⁹⁰⁹ C.E., 15/05/1981, p.221 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.86, conclusions A. Baquet ; *Dalloz* 1982, p.147, note P. Blondel et F. Julien-Laferrière.

compétence non simplement de la juridiction administrative, mais plus précisément du Conseil d'État en premier et dernier ressort¹⁹¹⁰. Cette attitude montre bien que la soumission de l'acte quasi inexistant au contrôle juridictionnel obéit à certaines contraintes qu'elle partage avec le recours pour excès de pouvoir, et notamment celles qui déterminent dans le détail quel sera le juge administratif habilité à statuer. Mais là n'est apparemment pas le seul point commun entre les deux recours puisque, dans un arrêt au moins, le Conseil d'État a exigé que le requérant présente un intérêt à agir, qu'il établisse que la décision attaquée lui a fait grief¹⁹¹¹. On voit à quel point est artificielle l'"inexistence" dont sont prétendument frappés les actes quasi inexistant, car, comme l'ont fait remarquer MM. Auby et Drago, "l'intérêt qui s'attache à la déclaration de nullité de l'acte inexistant devrait conduire à simplifier autant que possible les conditions de recevabilité du recours. On devrait estimer notamment que ce recours devrait pouvoir être exercé par n'importe quelle personne sans aucune exigence d'intérêt"¹⁹¹².

Par delà les spécificités notables qui différencient les contentieux des actes totalement inexistant et des décisions quasi inexistantes, on peut identifier une règle commune fondamentale : l'impossibilité pour l'acte nul, ou considéré comme tel, d'acquérir un caractère définitif par expiration d'un quelconque délai de contestation.

b) L'absence invariable de délai contentieux

L'absence de délai contentieux n'est pas la seule règle qui réunisse les deux catégories d'actes juridiquement inexistant. On pense en particulier au caractère d'ordre public que présente le moyen tiré de l'inexistence, en raison de la gravité de celle-ci¹⁹¹³. Elle n'en demeure pas moins l'idée commune la plus remarquable à bien des égards.

* Appréhension de l'état du droit

A l'origine, ce point n'était pas clairement tranché par le Conseil d'État. La Haute juridiction avait en effet, dans un arrêt *Laffite*¹⁹¹⁴, souligné que la requête qui avait abouti à la constatation de l'inexistence d'un acte avait été présentée dans les délais de recours contentieux. Certains auteurs - ont Mestre¹⁹¹⁵ - avaient déduit de cette décision qu'un recours tardif eût été irrecevable, et n'avaient ainsi toute spécificité à la demande en déclaration d'inexistence. La jurisprudence ultérieure¹⁹¹⁶ a infirmé cette analyse : aujourd'hui, on peut sans crainte avancer que l'acte inexistant peut être déféré au juge sans condition de délai, que ce soit par voie d'action¹⁹¹⁷ ou par voie d'exception¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁰ Conclusions précitées, p.87.

¹⁹¹¹ C.E., 11/10/1961, consorts Fraenkel, p.554.

¹⁹¹² *Op. cit.* n°93, p.97. Seule va dans le sens de cette simplification le fait que le recours en déclaration d'inexistence soit, à l'instar du recours pour excès de pouvoir, dispensé du ministère d'avocat (C.E., 8/05/1968, Thorel, p.285) ; mais cette règle semblait induite par le caractère objectif du contentieux en cause (même si un ancien arrêt du C.E. en avait décidé différemment (C.E., 26/01/1940, Commune d'Agos-Vidalos, précité).

¹⁹¹³ C.E., 5/05/1971, Préfet de Paris et ministre de l'Intérieur, p.329 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1972, p.301, note V.S. ; et arrêt Maurice précité. Voir de surcroît sur ce point C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, P.U.F. 1980, p.23.

¹⁹¹⁴ C.E., 28/10/1932, *Sirey* 1933, 3, p.65, note Mestre.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*

¹⁹¹⁶ A compter des arrêts C.E., 6/07/1956, Pierre Alype, p.305 ; et 27/02/1957, Leroy, p.7.

¹⁹¹⁷ Voir par exemple C.E., 8 novembre 1974, Epoux Figueras et Association des administrateurs civils du ministère des Affaires sociales (2 espèces), pp.545 et 550.

¹⁹¹⁸ Outre les arrêts Rosan Girard et Maurice précités, voir C.E., 9/11/1983, Saerens, p.453.

Il convient d'insister quelque peu sur cette double originalité. En ce qui concerne l'action en déclaration d'inexistence, le Conseil d'État n'admettra le dépassement de délai qu'à condition qu'une véritable inexistence résulte des circonstances de l'espèce, ce qui suppose parfois de la part du juge un examen assez pointu¹⁹¹⁹. Pour ce qui est de l'exception d'inexistence - qui nous intéresse au premier chef -, seule la gravité du vice qui entache l'acte justifie que le principe d'intangibilité soit empêché de jouer¹⁹²⁰. Cette absence de délai de recours vaut de la même manière s'agissant d'actes totalement ou quasi inexistantes : dans les deux cas, l'irrégularité d'une décision administrative subséquente pourra être constatée par le juge alors que l'exception d'illégalité ne serait plus normalement recevable¹⁹²¹. Il nous incombe de déterminer les raisons de ce point commun.

* Compréhension de l'état du droit

Qu'il s'agisse d'actes objectivement inexistantes (nés d'une usurpation de pouvoir ou insusceptibles de se rattacher à une activité administrative) ou d'actes que le juge décide d'assimiler à ceux-ci, la logique suivie est similaire : la décision prise est atteinte d'un vice tellement grave qu'on ne saurait admettre que le simple dépassement du délai de recours lui garantisse une immunité juridictionnelle, quelque forme que cette dernière puisse revêtir. Ainsi, tant le recours direct en déclaration de nullité que l'exception d'inexistence demeurent possibles, même à l'encontre d'actes de portée non réglementaire. Cela procède de l'idée que l'acte totalement ou quasi inexistant, dans la mesure où il est censé n'avoir jamais intégré, même temporairement, l'ordre juridique, ne peut créer de droits, ni à plus forte raison faire acquérir des droits définitifs lorsque le délai contentieux normal a expiré¹⁹²². Cette absence de cristallisation d'un quelconque droit permet parallèlement à l'administration de retirer à toute époque l'acte inexistant¹⁹²³. Le vice l'affectant s'avérant tellement grossier, l'acte qui, comme par exemple la nomination pour ordre, avait vocation à faire acquérir des droits à son destinataire, se trouve en quelque sorte "dénaturé"¹⁹²⁴. L'administration est autorisée en conséquence à passer outre aux règles de la jurisprudence *Dame Cachet*, et l'administré aux forclusions contentieuses de droit commun.

¹⁹¹⁹ Voir notamment C.E., 13/06/1986, Toribio et Bideau, p.161 ; Actualité juridique, Droit administratif 1986, p.503, conclusions M. Roux : "la triple circonstance que la délibération en litige (...) aurait porté sur une question non inscrite à l'ordre du jour, aurait été votée dans la confusion et que le registre des délibérations aurait été signé avec retard par les conseillers municipaux ne peut avoir pour effet de faire regarder cette délibération comme un acte inexistant dont le juge administratif pourrait constater la nullité sans condition de délai".

¹⁹²⁰ Sinon, le caractère définitif de l'acte -s'il est de nature non réglementaire- sera opposé au requérant. Cf. par exemple C.E., 10/05/1957, Sieur Enjalbert, p.304.

¹⁹²¹ En effet, si les arrêts Rosan-Girard et Saerens concernaient le premier type d'actes inexistantes (usurpation de pouvoir), l'arrêt Maurice intéresse quant à lui le second (nomination pour ordre).

¹⁹²² Outre les développements consacrés à cette idée au Chapitre précédent, voir C.E., 30/06 1950, Massonau, p.400, conclusions J. Delvolvé.

¹⁹²³ Cf. la jurisprudence de Fontbonne précitée.

¹⁹²⁴ Voir sur ce point R. Muzellec, *op. cit.* p.337 et s.

2 - Exception perpétuelle à l'égard des actes frauduleux

a) L'idée de fraude

Certains administrés peuvent succomber à la tentation d'induire l'administration en erreur afin d'obtenir de celle-ci une décision qui leur est favorable. Lorsque la mauvaise foi de l'administré est établie - celui-ci ayant par exemple fourni des renseignements volontairement erronés ou incomplets sur sa situation -, l'acte qui en procède sera considéré comme frauduleux par le juge¹⁹²⁵. C'est ce dernier qui, au vu des éléments du dossier, doit déterminer si le particulier a réellement agi par malhonnêteté¹⁹²⁶, et si son intention de tromper l'autorité administrative a eu une influence déterminante sur le comportement de cette dernière. Malgré les liens étroits qu'entretiennent les concepts d'acte inexistant et d'acte frauduleux, une nette différence sépare donc les deux notions : la première a pour objet de réprimer des illégalités particulièrement graves imputables à l'autorité administrative elle-même, tandis que la seconde va venir sanctionner un comportement intolérable de l'administré.

b) Le traitement réservé à l'acte obtenu par fraude

Le régime contentieux de la décision frauduleuse varie de celui de l'acte inexistant sur un point fondamental : passé le délai de recours, un requérant ne peut plus directement mettre en cause l'un de ceux-ci¹⁹²⁷. Cela ressort sans ambiguïté d'un arrêt Aimar, rendu par le Conseil d'État le 6 mai 1981¹⁹²⁸, par lequel le juge a considéré irrecevable la requête d'un tiers introduite après l'expiration du délai de recours contentieux qui tendait à l'annulation d'un permis de construire pourtant obtenu par fraude. Cette différence s'avère pour le moins curieuse : à l'image de l'acte inexistant, "l'acte obtenu par fraude n'est pas créateur de droits"¹⁹²⁹ et ce conformément à l'adage *fraus omnia corrumpit*, qui est d'application générale en droit français¹⁹³⁰. Dès lors, on aurait pu légitimement penser que l'expiration du délai de recours contentieux n'engendrerait aucune espèce de forclusion. C'était d'ailleurs la position du commissaire du gouvernement J.-M. Galabert développée dans ses conclusions sur l'arrêt *Silvani*¹⁹³¹ : "cette possibilité de contester l'acte sans délai n'a été consacrée par la jurisprudence qu'à propos des actes inexistants, mais nous n'hésitons pas à la tenir pour acquise même dans les cas des actes simplement frauduleux car elle est inhérente à la notion d'acte non susceptible d'acquérir un caractère définitif"¹⁹³². Que cette opinion ait été démentie par la jurisprudence

¹⁹²⁵ L'idée d'acte obtenu par fraude habite depuis longtemps la jurisprudence administrative. Cf. C.E., Ass., 12/04/1935, Sarovitch, p.520.

¹⁹²⁶ Si l'intéressé n'a pas agi sciemment, l'acte ne sera pas considéré comme ayant été obtenu par fraude. Cf. C.E., 15/10/1969, Forasetto, p.437 : "la seule circonstance que le sieur Forasetto aurait produit un plan de masse incomplet ne saurait le faire regarder comme s'étant volontairement livré à une manœuvre de nature à induire en erreur l'administration".

¹⁹²⁷ La jurisprudence a ainsi infirmé les pronostics de ceux qui pensaient que la fraude risquait de "basculer dans le domaine de l'inexistence" (R. Muzellec, *op. cit.*, p.347).

¹⁹²⁸ Lebon, p.978.

¹⁹²⁹ Pour P. Landon (*Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*, L.G.D.J. 1968, p.129, n°38), il s'agit là d'un principe général du droit.

¹⁹³⁰ Cf. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Le principe "*fraus omnia corrumpit*", 1957.

¹⁹³¹ C.E., S., 18/11/1968, Ministre des Travaux Publics et des Transports c/ Sieur Silvani ; conclusions publiées à *l'Actualité juridique, Droit administratif* 1967, II, p.222

¹⁹³² Cette opinion était partagée par R.-G. Schwartzberg (*op. cit.* p.394) pour qui ces actes, *a priori* créateurs de droits, ne pourront jamais atteindre leur objectif à défaut d'acquérir un caractère définitif.

ultérieure semble d'autant plus surprenant que le statut des actes frauduleux recoupe largement sur d'autres plans celui des actes inexistant¹⁹³³. Ils peuvent en effet :

- faire l'objet, à tout moment, d'une mesure de retrait. Cette éventualité a été reconnue par de nombreux arrêts¹⁹³⁴, et l'on peut penser que, saisie d'une demande en ce sens d'un administré, l'autorité compétente est tenue de s'y conformer¹⁹³⁵, ce qui compense assez largement les inconvénients de la solution *Aimar*. A préciser cependant que ce retrait doit être réellement motivé par l'existence d'une fraude, faute de quoi le juge condamnera le comportement de l'administration pour dépassement du délai d'action légal¹⁹³⁶ ; et que le report est soumis à l'obligation de motivation prévue par l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 alors même que la mesure qui en fait l'objet, du fait de fraude qui l'entache, a perdu son caractère d'acte créateur de droits¹⁹³⁷.

- faire l'objet, à toute époque, d'une exception d'illégalité. On peut aisément déduire cette règle de l'arrêt *Silvani*¹⁹³⁸ : le requérant avait été reçu à un concours administratif délivrant un certificat d'aptitude à l'emploi d'adjoint technique des ponts et chaussées ; bien qu'à la suite d'une dénonciation anonyme, une fraude de celui-ci ait été établie, le ministre compétent l'inscrivit sur une liste de classement, ce qui en principe, créait à son profit un droit à être nommé. Afin de se soustraire à cette obligation, le ministre se fondait sur la fraude commise par M. Silvani. Il ne s'agissait donc pas, en l'espèce, d'une décision de retrait (ce qui aurait consisté en une radiation de la liste de classement) mais bien d'une exception soulevée en défense par le

¹⁹³³ Qui plus est, une solution récente du tribunal administratif de Nice s'est démarquée de la solution *Aimar* en matière de déféré préfectoral, en déclarant recevable ce dernier à l'encontre d'un permis de construire frauduleux alors que les délais contentieux de droit commun étaient expirés. Cf. T.A. Nice, 6/01/1994, Préfet des Alpes-Maritimes c/ Commune de Vallauris, *Revue française de droit administratif* 1994, p.782, conclusions N. Calderaro (conclusions qui poussent à penser la solution liée au statut particulier du requérant qu'est le préfet).

¹⁹³⁴ Cf. notamment, outre les arrêts de principe Sarovitch (précité) et Silberstein (C.E., S., 17/06/1955, p.334) :

- C.E., 10/03/1976, Baillet, p.753 (agent communal qui avait trompé son maire sur son ancien indice de traitement) ;

- C.E., 17/03/1976, Todeschini, p.157 ; 24/02/1984, Ministre du Logement c/ Desprès, *Droit administratif* 1984, n°83 ; 10/10/1990, Alarcon, *Revue du droit public* 1991, p.1749 (s'agissant de permis de construire obtenu par fraude).

- C.E., 13/11/1993, Riaz ; *Dalloz* 1993, p.297, note V. Haïm (carte de résident privilégié délivrée à un étranger en conséquence d'un mariage frauduleux).

Dans certains cas, toutefois, un texte législatif impartit un délai de retrait : ainsi en va-t-il, en vertu de l'article 112 du code de la nationalité française, pour une mesure de naturalisation obtenue par mensonge ou fraude (délai de deux ans courant à partir de la date à laquelle le mensonge ou la fraude est portée à la connaissance du ministre des affaires sociales : C.E., 28/10/1994, Suleman Patel, req. n° 123825).

¹⁹³⁵ Voir *supra* les développements sur le retrait des décisions administratives, et notamment la jurisprudence Plottet.

Il convient en outre de souligner l'idée d'"autorité compétente", la fraude ne justifiant pas un assouplissement des règles de droit commun en la matière (Cf C.E., 13/07/1951, S.A. La nouvelle jetée, p.404 ; et C.E., S., 7/10/1994, Joly, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.863, chronique L. Touvet et J.-H. Stahl ; *Les petites affiches* 1995, n°8, p.17, note M. Lombard ; n°17, p.26, note M.-C. Rouault ; n°102, p.12, note A.-B. Fall (2^{ème} espèce)) pas plus qu'elle ne dispense l'administration de respecter la procédure contradictoire lorsque celle-ci est imposée par les textes pour le retrait de l'acte (Cf., pour le retrait d'un titre de séjour obtenu par fraude, C.E., 30/05/1994, Préfet de la Haute-Savoie c/ Mme Diallo, *Les petites affiches* 1995, n°102, p.12, note A.-B. Fall précitée (1^{ère} espèce)).

¹⁹³⁶ L'arrêt *Sieur Chabran* (C.E., Ass., 10/02/1961, p.102, conclusions Heumann) est particulièrement intéressant à cet égard : le juge considère irrégulière du fait du dépassement du délai contentieux la décision qui cassait le grade du requérant sans arguer d'une quelconque fraude imputable à celui-ci.

¹⁹³⁷ C.E., 25/04/1990, Mme Figueréo et Bernachy, p.546 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.641, observations X. Prétot.

¹⁹³⁸ Arrêt précité.

ministre¹⁹³⁹. Or le Conseil d'État a fait droit à l'argumentation de ce dernier, considérant que, l'existence des manœuvres frauduleuses ne faisant point de doutes, "ni le certificat d'aptitude, ni le classement sur la liste prévue pour l'accès aux emplois réservés, opéré sur le fondement de ce certificat, n'ont créé, au profit du Sieur Silvani, un droit à être nommé à l'un de ces emplois ; qu'il appartenait dès lors aux autorités administratives compétentes pour prendre les décisions qui auraient dû intervenir en vertu du classement ainsi vicié par la fraude, de refuser de tenir compte de ce classement". L'absence de droit cristallisés ouvre donc, à l'encontre des actes frauduleux, une exception perpétuelle, qu'elle soit soulevée, comme en l'espèce, par le défendeur, ou, n'en doutons pas¹⁹⁴⁰, qu'elle soit présentée à l'appui d'une demande en annulation d'une mesure subséquente.

3 - Risques engendrés par le flou des catégories concernées

N'étant pas circonscrites dans des contours précis, les théories de l'inexistence et de la fraude pourraient mettre en péril le principe d'intangibilité si le juge, seul maître en la matière, en faisait un usage trop fréquent. Elles s'avèrent en conséquence d'un maniement délicat, d'autant que leur caractère fonctionnel impose une certaine fluidité dans leur définition.

a) Irréductibilité à un critère unique

* pour ce qui est de l'acte inexistant

La question de la définition de l'acte inexistant constitue sans conteste l'une des questions les plus délicates et les plus incertaines du contentieux administratif¹⁹⁴¹. Pour M. Weil, "la théorie de l'inexistence a toujours été l'une des plus obscures et des plus controversées du droit administratif. Les arrêts se référant à cette notion étaient infiniment trop rares et leur interprétation trop douteuse pour que fût possible une synthèse rendant fidèlement compte du droit positif"¹⁹⁴². La multiplication des cas jurisprudentiels d'inexistence n'a pas permis d'élaborer un critère fiable qui aurait servi à clairement distinguer l'acte nul et non avvenu de l'acte simplement annulable ; bien au contraire, la croissance de son utilisation a conforté l'idée que l'inexistence était irréductible à une systématisation doctrinale efficiente. Pourtant, certaines tentatives en ce sens ont été enregistrées. Outre la distinction déjà mentionnée entre acte totalement inexistant et acte quasi inexistant, destinée à ordonner autant que faire se peut la présentation des grandes strates de la notion, c'est au commissaire du Gouvernement A. Bacquet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Zemma*¹⁹⁴³, que revient le mérite d'avoir essayé de synthétiser les différentes solutions jurisprudentielles : bien que reconnaissant la notion "difficile à discerner", celui-ci a voulu combiner l'idée de "gravité intrinsèque" de l'erreur commise avec celle de "son évidence"¹⁹⁴⁴, qui supposerait une volonté manifeste de l'administration d'agir irrégulièrement. Selon A. Bacquet, ces deux critères joueraient de façon

¹⁹³⁹ Sur cette hypothèse dans laquelle "le défendeur se prévaut incidemment, pour s'opposer aux prétentions du demandeur, de l'illégalité d'un acte dont la méconnaissance est invoquée", Cf. A. Bacquet, "Exception d'illégalité", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, art. cit. n°5.

¹⁹⁴⁰ Dans la mesure où les deux moyens sont de même nature.

¹⁹⁴¹ G. Vedel et P. Delvolvé, *op. cit.* p.256.

¹⁹⁴² *Dalloz* 1958, art. cit. p.49.

¹⁹⁴³ C.E., S., 4/07/1980, *Zemma*, p.299, conclusions A. Bacquet ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.640, chronique M.-A. Feffer et M. Pinault.

¹⁹⁴⁴ Alcindor, déjà, mettait en avant ces deux critères pour caractériser l'inexistence : "si l'illégalité est telle que personne n'ait pu s'y méprendre, il y a acte inexistant" (thèse précitée).

alternative ou cumulative selon les cas. Mais, comme l'ont fait remarquer MM. Auby et Drago¹⁹⁴⁵, cette formule demeure très vague. On peut même y déceler un aveu d'impuissance à systématiser les solutions rendues en la matière, et cette impression se trouve d'ailleurs corroborée par le fait qu'en l'espèce, le Conseil d'État n'avait pas suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement qui s'appuyaient sur la gravité de l'irrégularité commise pour tenter de convaincre la juridiction de reconnaître l'inexistence de l'acte en cause¹⁹⁴⁶.

Il faut donc convenir, avec M. Wodié¹⁹⁴⁷, que "l'acte inexistant échappe à toute systématisation logique et ne se laisse point enfermer dans une définition rationnelle". C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs, estimant qu'il est seulement possible d'indiquer les concrétisations de l'acte inexistant", se résolvent à en dresser une simple liste¹⁹⁴⁸, et à mentionner les hypothèses dans lesquelles le juge n'a pas désiré aller jusqu'à cette extrémité¹⁹⁴⁹. Nous sommes incontestablement ici en présence de ce que le Doyen Vedel a dénommé une "notion fonctionnelle", dont "la plasticité est non seulement le caractère fondamental mais aussi la raison d'être"¹⁹⁵⁰. Pour ce type de notions, qui "procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité", une "irréductible multiplicité logique paraît être (...) un signe infaillible"¹⁹⁵¹. Le juge s'en sert seulement lorsqu'il estime nécessaire de se défaire de certaines contraintes qui pèsent normalement sur lui ; ici, c'est lorsque les règles de l'excès de pouvoir s'avèrent trop restrictives que la juridiction peut faire appel à la notion d'inexistence. Considérant qu' "il serait extrêmement choquant que l'administration ne puisse retirer et que l'intéressé ne puisse contester, parce qu'il est devenu définitif et qu'il a éventuellement créé des droits, un acte entaché d'une illégalité si grave que son maintien constituerait une injustice insupportable et une sorte de scandale ou d'absurdité juridique"¹⁹⁵², le juge écarte ainsi toute idée de forclusion¹⁹⁵³. C'est la raison pour laquelle l'acte inexistant est et restera irréductible à une définition intangible : "vouloir enserrer l'acte inexistant dans une définition conduit à en nier la signification et l'essence. Un tel critère placerait le juge dans l'obligation de constater l'inexistence chaque fois que les caractères s'en trouvent réunis. Par sa rigidité, l'inexistence revêtirait les caractères des notions conceptuelles qu'elle a pour mission d'assouplir (...). L'utilité de l'inexistence tient à sa plasticité, à sa mutabilité et à la variabilité de ses effets. Si certaines conditions sont nécessaires à la réalisation de l'inexistence, aucune d'elles ou toutes ensemble ne peut toujours suffire à son établissement"¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁵ *Op. cit.*, n° 97, p.100.

¹⁹⁴⁶ Il s'agissait en l'occurrence de l'expulsion illégale d'une personne de nationalité française du territoire français, et le Conseil d'État n'a pas considéré cette décision, particulièrement grave -on en conviendra aisément-, comme nulle et de nul effet. Inversement, on ne peut se contenter du critère de la conscience de l'illégalité commise (comme semble notamment le privilégier B. Odent, *art. cit.* n°29), car nombreux sont les actes simplement irréguliers que l'administration édicte en connaissance de cause.

¹⁹⁴⁷ *Art. cit.* p.89.

¹⁹⁴⁸ C'est en particulier le cas de R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I., n°1034-2.

¹⁹⁴⁹ Voir par exemple les exemples cités dans les Grands arrêts de la jurisprudence administrative (n° 95) où "des empiètements de l'administration sur les attributions du juge (...) sont seulement qualifiés d'illégaux et annulés pour simple excès de pouvoir".

¹⁹⁵⁰ Cf. "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *La semaine juridique* 1950.I.851, n°4.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, n°5.

¹⁹⁵² Conclusions A. Bacquet précitées, p.303.

¹⁹⁵³ La doctrine avait depuis longtemps mis l'accent sur cette utilité de la théorie d'inexistence ; Cf. notamment L. Delbez, "La révocation des actes administratifs", *Revue du droit public* 1928 (*art. cit.*) p.462.

¹⁹⁵⁴ F. Wodié, *art. cit.*, p. 89.

* Pour ce qui est de l'acte obtenu par fraude

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Silvani*¹⁹⁵⁵, M. Galabert s'est attaché à démontrer que, malgré les différences qui les séparaient, "fraude et inexistance ont en commun d'être ce que l'on appelle des "notions fonctionnelles", c'est-à-dire, des notions auxquelles le juge fait appel parce qu'elles lui permettent seules d'écarter l'application de certaines règles de procédure et notamment de certaines conditions de délais dont l'observation aboutirait à des résultats trop contraires à l'équité ou à la bonne administration". Ici encore, et bien que l'idée de fraude puisse au premier abord apparaître plus concrète que celle d'inexistence (car d'appréciation plus objective¹⁹⁵⁶), c'est la latitude du juge à en jouer ou non qui gouverne la matière : il s'avère en conséquence impossible de dégager des critères immuables et constants pour définir l'acte obtenu par fraude ; c'est au regard des considérations de fait de chaque espèce que la juridiction choisira de s'opposer à la création de droits par la qualification d'acte frauduleux, ou au contraire de protéger le bénéficiaire de la situation contestée.

b) Extensibilité de la liste d'actes concernés

En dégageant l'idée de notions fonctionnelles, G. Vedel¹⁹⁵⁷ a exposé les inconvénients de celles-ci, au rang desquels se trouve "le fait qu'elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées", et qu'en conséquence il n'est possible que d'en dresser un catalogue de cas d'applications. Or cette liste, par nature non exhaustive, paraît tellement hétéroclite dans les matières qui nous concernent que l'on peut craindre une multiplication des cas d'espèce qui viendraient à employer ces concepts. Attachons-nous en conséquence à préciser ces risques en distinguant une fois encore entre acte inexistant et acte frauduleux.

* S'agissant de l'acte inexistant

Dès 1958, M. Weil, après avoir dressé l'inventaire des actes déjà reconnus inexistantes par la jurisprudence, notait que "la récente résurrection de la théorie de l'inexistence s'est accompagnée d'une considérable extension de son champ d'application", et estimait que ce n'étaient là que "les premières rubriques d'une liste qui ira en s'allongeant"¹⁹⁵⁸. Cette prédiction devait être corroborée par les développements jurisprudentiels ultérieurs montrant que cette notion demeurerait toujours vivante et relativement exploitée, d'autant que le juge ne répugne pas à requalifier de recours en déclaration d'inexistence une requête qui se voulait *a priori* constituer un simple recours pour excès de pouvoir¹⁹⁵⁹, alors qu'on aurait pu penser que la règle du *non ultra petita* l'empêchait de se soulever d'office de telles conclusions¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁵ Conclusions précitées, p.224.

¹⁹⁵⁶ Ainsi, dans certaines affaires, l'existence de la fraude ne fait aucun doute, ni pour le commissaire du gouvernement, ni pour le Conseil d'État. Cf. par exemple C.E., S., 7/10/1994, Joly, précité : mensonges patents d'un médecin qui, dans un dossier de candidature à un poste d'adjoint à temps plein d'un centre hospitalier, avait avancé de nombreux antécédents ne correspondant en rien à la réalité.

¹⁹⁵⁷ *Art. cit.*, n° 4.

¹⁹⁵⁸ *Art. cit.*, p. 51.

¹⁹⁵⁹ La solution vaut également en matière de déféré préfectoral ; c'est ce qui ressort de l'arrêt C.E., 28/02/1986, Commissaire de la République des Landes, p.50 ; *Revue du droit public* 1986, p.1468, note J.-M. Auby ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.326, obs. J. Moreau.

¹⁹⁶⁰ Voir notamment à ce propos C.E., 5/11/1948, Syndicat ovin de la Balagne, p.409. Dans le même sens, dans l'arrêt Maurice précité, bien que seulement saisi d'une demande d'annulation contre une nomination pour ordre, le juge déclare celle-ci nulle et non avenue "sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête". Sur ce problème, voir également B. Odent, *art. cit.* n°40 à 42.

Or, il ne paraît guère souhaitable que l'emploi de la théorie de l'inexistence se banalise. En 1961, M. Heumann mettait déjà en garde l'Assemblée du contentieux contre une extension trop marquée de la théorie de l'inexistence qui non seulement constituerait "le triomphe de la fiction juridique", mais, au surplus, créerait une large "brèche dans cette féconde théorie des droits acquis, qui, si elle devait subir trop d'exceptions, perdrait sa raison d'être qui est la protection des administrés"¹⁹⁶¹. "L'inexistence est la technique la plus sûre pour réduire à néant le principe d'intangibilité des droits. Que le recours à l'inexistence se généralise encore et ce principe deviendra lettre morte" menaçait quant à lui R. Muzellec¹⁹⁶². Ces craintes s'alimentent non seulement du fait que, comme nous l'avons souligné, l'acte qualifié d'inexistant peut être attaqué à toute époque par voie d'action ou d'exception, mais aussi de ce que l'autorité administrative est dispensée de l'obligation d'en tirer les conséquences qu'il induirait s'il était simplement estimé illégal¹⁹⁶³: "l'inefficacité juridique de l'acte inexistant, admise comme originaire c'est-à-dire immédiate et définitive empêche celui-ci, ne fût-ce que provisoirement, d'être source d'obligation"¹⁹⁶⁴: ainsi dans l'affaire *Massonaud*¹⁹⁶⁵, la Section du contentieux a-t-elle jugé que l'administration n'était pas tenue de donner plein effet juridique d'une nomination pour ordre avant même que cette dernière soit déclarée au contentieux nulle et de nul effet.

* S'agissant de l'acte obtenu par fraude

L'utilisation abusive de la notion de fraude serait de nature à fragiliser de la même manière la sécurité des relations juridiques. Pourtant, dans certains cas, le juge administratif n'a pas hésité à adopter certaines conceptions extensives en la matière. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Silvani*¹⁹⁶⁶: le commissaire du gouvernement Galabert contestait le fait qu'en l'espèce, l'administration qui avait refusé de tirer les conséquences juridiques de la décision de classement -à savoir le ministère des Travaux publics- ait pu valablement agir ainsi dans la mesure où c'était une autre administration -le ministère des Anciens combattants- qui avait procédé audit classement: puisque seule cette dernière avait le pouvoir de retirer ce classement, la première était tenue de prononcer la nomination qui en était la conséquence légale, sauf à déférer l'acte frauduleux au juge de l'excès de pouvoir. Adopter la solution contraire lui paraissait "arbitraire et dangereux"¹⁹⁶⁷; c'est pourtant pour celle-ci qu'opta la Section du contentieux, en considérant "qu'il appartenait (...) aux autorités administratives compétentes pour prendre les décisions qui auraient dû intervenir en vertu du classement ainsi vicié par la fraude de refuser de tenir compte de ce classement."

¹⁹⁶¹ Conclusions précitées sur l'arrêt Chabran, p.108

¹⁹⁶² *Op. cit.* p.336.

¹⁹⁶³ Sur ce dernier point, voir notamment C.E., 17/03/1954, Dame Dardant, p.163: un administré est en droit de demander l'application à son profit d'un arrêté qui, bien que pris par une autorité incompétente, "n'est pas entaché d'un vice de nature à le faire regarder comme inexistant", dès lors que ledit arrêté n'a été ni annulé ni rapporté dans les délais contentieux.

¹⁹⁶⁴ F. Wodié, *art. cit.*, p. 87. En contrepartie, l'auteur montre que les administrés ne doivent pas toujours à l'acte inexistant l'obéissance provisoire que postule l'acte administratif, même si cette idée semble n'avoir eu de concrétisations jurisprudentielles qu'en matière de fonction publique (droit de refuser d'obéir à un ordre entaché d'une illégalité grave et évidente consacré par l'arrêt C.E., 10/11/1944, Langneur; *Dalloz* 1945, p.88, conclusions Chenot; *La semaine juridique* 1945, II, n°2853, note Chavanon).

¹⁹⁶⁵ Arrêt précité.

¹⁹⁶⁶ Affaire précitée.

¹⁹⁶⁷ Conclusions précitées, p.225. M. Galabert justifiait sa position en ces termes: "regardée du point de vue de son auteur, la fraude est éminemment répréhensible et l'on comprend que la jurisprudence ait cherché à empêcher que le fraudeur puisse en tirer bénéfice, mais envisagée du côté de l'auteur de la décision, la décision obtenue par fraude est simplement entachée d'une erreur qui, pour être grave, ne permet pas de mettre en cause son existence même".

4 - Prudence de la jurisprudence dans le maniement de ces notions

Les risques que font peser les théories de l'acte inexistant ou de la fraude sur le principe d'intangibilité sont certains ; il convient cependant de ne pas les dramatiser outre mesure. Au regard de la jurisprudence, on s'aperçoit en effet que le juge se montre en général soucieux de ne pas abuser de leur emploi, ne les utilisant que lorsque l'application aveugle des règles contentieuses classiques le conduirait à avaliser des situations iniques. Cette remarque se vérifie à chaque niveau d'analyse :

a) Quant à l'inexistence

Le juge administratif, poussé en cela par les mises en garde réitérées de nombreux commissaires de gouvernement contre une fragilisation abusive du principe d'intangibilité des actes non réglementaires¹⁹⁶⁸, n'a jamais usé de la théorie de l'acte inexistant qu'avec une grande réserve. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, en a-t-il refusé l'application à une nomination ou promotion d'un officier intervenues malgré l'existence d'une condamnation pénale antérieure, entraînant de plein droit la perte du grade¹⁹⁶⁹; de même, à l'occasion de l'arrêt *Zemma*¹⁹⁷⁰, le Conseil d'État n'a pas hésité à désavouer son commissaire du gouvernement qui voyait, dans la décision illégale d'expulsion d'une personne de nationalité française - décision présentant objectivement un caractère d'extrême gravité - un acte nul et de nul effet. Commentant cette solution, MM. Feffer et Pinault¹⁹⁷¹ ont mis en avant que "la Section n'avait pas voulu étendre le champ d'application d'une théorie jurisprudentielle à l'égard de laquelle le Conseil d'État a toujours manifesté une certaine réserve, soucieux qu'il est de respecter, sauf exceptions, la stabilité que confèrent aux situations juridiques les règles relatives aux délais de recours contentieux". Cette remarque reste d'actualité quinze ans plus tard : rien dans la jurisprudence ne peut conduire à affirmer que le juge fait un usage excessif de la théorie de l'inexistence, mais toute porte à croire, bien au contraire, que les précautions d'utilisation ici soulignées sont vouées à perdurer.

b) Quant à la fraude

La retenue dont fait preuve le juge en matière d'actes inexistantes se retrouve dans le domaine des actes obtenus par fraude. En témoigne l'analyse pratiquée dans l'arrêt *Tshibangu*¹⁹⁷²: l'intéressé, de nationalité zairoise, avait obtenu le statut de réfugié. Quelques temps plus tard, se présentant comme un ressortissant rwandais, il formulait une nouvelle demande auprès de l'O.F.P.R.A. sous un autre nom. Cette manœuvre ayant été découverte, le président de cet organisme a retiré la décision initiale qui avait conféré à M. Tshibangu le titre de réfugié. Le commissaire du gouvernement Bonichot mettait en garde la Section du contentieux contre une interprétation trop libérale des effets de la fraude : pour lui, si cette dernière conduisait naturellement au rejet de la demande qu'elle viciait, elle ne pouvait autoriser

¹⁹⁶⁸ Voir en particulier, outre les conclusions de MM. Heumann (arrêt Chabran) et Gazier (arrêt Rosan-Girard) précitées, les conclusions Fournier sur l'arrêt C.E., 3/03/1967, *Ministre de la Construction c/ Sté Behr Manning*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, I, p.530.

¹⁹⁶⁹ Arrêt Chabran précité.

¹⁹⁷⁰ Affaire précitée.

¹⁹⁷¹ Chronique précitée, p.641.

¹⁹⁷² C.E., S., 12/12/1986, p.279 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.86, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.419, conclusions J.-C. Bonichot ; *La Revue administrative* 1987, p.34, observations Ph. Terneyre.

l'office à rapporter une décision définitive qui, jusqu'à preuve du contraire, avait été pour sa part obtenue dans des conditions régulières. Le Conseil d'État, convaincu par cette analyse, a annulé le retrait litigieux.

Deux points méritent qu'on les souligne : statuant de la sorte, le juge administratif confirme tout d'abord la solution traditionnelle qui veut que, la fraude ne se présument pas, l'administration doive l'établir avant de l'invoquer¹⁹⁷³. Ensuite et surtout, "la fraude ne saurait vicier que l'acte obtenu par fraude. Il est impossible d'en étendre les effets à d'autres actes qui, par hypothèse, auraient été obtenus et édictés régulièrement, sauf naturellement si ces derniers actes ont été pris sur le fondement de l'acte obtenu par fraude"¹⁹⁷⁴. Le Conseil d'État fait donc montre d'une prudence certaine en la matière ; certes, comme l'a montré l'arrêt *Silvani*, il n'hésitera pas à faire jouer la notion dès lors qu'il estime que des manœuvres dont le dossier établit l'existence ont entaché un acte juridique ou un processus décisionnel ; en revanche, il veille à ce que la notion ne serve pas à remettre en cause des droits présumés régulièrement acquis, et notamment, comme c'était le cas dans l'affaire *Tshibangu*, à sanctionner ainsi un comportement ultérieur trahissant la mauvaise foi de l'intéressé.

II - Contestations dont la nature exclut le jeu du principe d'intangibilité

Nous allons nous intéresser ici non plus à l'exception d'illégalité proprement dite, mais aux recours en appréciation de légalité sur renvoi du juge judiciaire. Il arrive en effet que la question de la légalité d'une décision administrative individuelle se trouve posée à titre incident devant ce dernier. Si ce problème commande l'issue du litige, joue alors le mécanisme de la question préjudicielle¹⁹⁷⁵ qui suppose pour la juridiction saisie à titre principal de surseoir à statuer, et de renvoyer les parties devant le juge administratif¹⁹⁷⁶. On peut citer à titre d'exemple l'obligation faite au juge judiciaire, pourtant seul compétent pour connaître du licenciement d'un salarié investi d'un mandat syndical, de solliciter le juge administratif en cas de contestation - fréquente en pratique- de la régularité de l'autorisation administrative délivrée à l'employeur en vue de permettre ce licenciement. Ainsi pourrait-il également en aller de l'autorisation administrative permettant, en vertu d'une loi de privatisation, la sortie d'une entreprise du secteur public, à l'occasion d'un litige né consécutivement à cette opération (du fait notamment de la fusion avec une autre entreprise, ou de son absorption par un groupe d'entreprises).

Ce renvoi en appréciation de légalité d'une décision non réglementaire ne laisse pas de poser des problèmes au regard du principe d'intangibilité, compte tenu notamment du flou des solutions jurisprudentielles qui s'y attachent et des contradictions internes qu'elles recèlent.

¹⁹⁷³ Sur ce point, voir notamment les conclusions J.-C. Bonichot précitées, p.423.

¹⁹⁷⁴ Chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre précitée, p.88.

¹⁹⁷⁵ Pour plus de précisions sur ce mécanisme, voir notamment D. Granjon, "Les questions préjudicielles", *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.75.

¹⁹⁷⁶ Depuis l'entrée en vigueur de l'article 111-5 du Nouveau code pénal -auquel il a déjà été fait allusion- qui dispose que "les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis", ce mécanisme n'est plus pratiquement envisageable qu'à l'égard des litiges civils

A. Les incertitudes de la jurisprudence judiciaire relatives à l'intangibilité des actes non réglementaires définitifs.

Le juge judiciaire partage-t-il le souci du Conseil d'État d'assurer la stabilité des relations juridiques engendrées par un acte administratif non réglementaire devenu définitif ? Fournir une réponse exclusivement affirmative ou négative à cette interrogation peut paraître hasardeux, tant les solutions rendues, parfois même au sein d'une seule juridiction, se contredisent.

1 - Certaines décisions semblent tout d'abord exclure toute possibilité de renvoi si l'acte non réglementaire incidemment contesté est devenu définitif, corroborant ainsi certaines opinions doctrinales qui analysaient en ce sens la position du juge judiciaire¹⁹⁷⁷. Elles sont presque exclusivement le fait de la Cour de cassation¹⁹⁷⁸. L'arrêt le plus remarquable à cet égard, même s'il n'est pas le seul¹⁹⁷⁹, a été rendu le 25 janvier 1983 par la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁹⁸⁰ : il déclare irrecevable après l'expiration du recours pour excès de pouvoir, l'exception d'illégalité dirigée contre un décret pourtant manifestement irrégulier (car tardif) qui s'opposait à la demande de reconnaissance de la nationalité française formulée en 1964 par un musulman d'Algérie. Le libellé de l'arrêt semble suffisamment explicite pour interdire toute équivoque sur la position du juge judiciaire : "l'exception d'illégalité n'est pas perpétuelle à l'encontre des actes non réglementaires, comme le décret par lequel le gouvernement s'opposait à la conservation par M. Djebara de la nationalité française". Il semble donc que, dès lors qu'il est incidemment confronté au problème de la légalité d'une décision non réglementaire non définitive, le juge judiciaire s'interdise de poser la question préjudicielle correspondante au juge administratif¹⁹⁸¹. Mais il n'en va pas automatiquement ainsi, car il faut se rendre à l'évidence que la jurisprudence civile n'est "guère univoque"¹⁹⁸² sur ce point.

2 - D'autres décisions semblent en effet privilégier le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité. Le doute s'installe même lorsqu'on s'aperçoit que cette analyse n'est pas seulement le fait des juridictions de fond, mais qu'elle est parfois partagée par la Cour de cassation elle-même. Les arrêts rendus en ce sens, s'ils s'avèrent moins nombreux que les précédents, se prononcent tout aussi clairement en faveur de la possibilité d'invoquer l'illégalité d'une décision non réglementaire définitive que ceux-ci la déniaient. Pour preuve cet attendu, extrait d'un arrêt de 1984¹⁹⁸³, qui estime que la Cour d'appel "avait le devoir de renvoyer à la juridiction administrative (...) l'appréciation de la légalité -d'un- permis de construire, la saisine de cette

¹⁹⁷⁷ Cf. P. Ferrari, *Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire*, Thèse Paris, 1972, p.178.

¹⁹⁷⁸ Voir cependant C.A. Paris, 13 juillet 1950, *Gazette du Palais* 1950.2., p.281.

¹⁹⁷⁹ Deux autres décisions méritent qu'on les cite :

- C. Cass, 1^{ère} civ., 3/04/1963, Bull. I, n° 208, qui prend acte de ce que l'expiration du recours contentieux ouvert à l'encontre des actes administratifs non réglementaires "interdit (...) à quiconque de remettre en cause leur légalité..."

- C. Cass, 3^{ème} civ., 14/01/1975, Bull. civ., III, n°9 : refus de remettre en cause par voie d'exception la validité d'actes de dérogation dont la légalité n'avait pas été contestée dans le délai de recours pour excès de pouvoir.

¹⁹⁸⁰ Arrêt "Djebara", Bull. civ. I, n°36 ; *Revue critique de droit international privé* 1983, p.435, note P. Lagarde.

¹⁹⁸¹ Voir à ce propos, outre l'arrêt Djebara, C. Cass, 3^{ème} civ., 26/11/1974, Bull. civ., III, n°442 : refus de solliciter le juge administratif en vue d'apprécier la validité d'une décision d'incorporation d'un chemin privé dans la voirie municipale, au motif que cette décision est devenue définitive à défaut d'exercice d'un recours devant le juge administratif compétent.

¹⁹⁸² J.-F. Flauss, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, "Questions préjudicielles", n°263.

¹⁹⁸³ C. Cass., 3^{ème} civ., 31/01/1984, Bull. civ. III, n°24.

juridiction n'étant en ce cas soumise à aucune condition de délai ..."1984. Cette solution va dans le sens de ceux qui, mettant en avant que "la règle selon laquelle le délai du recours en annulation est normalement limité à deux mois est spéciale à la juridiction administrative et ne peut s'appliquer à la juridiction judiciaire", dispensaient cette dernière de la contrainte que le principe d'intangibilité fait peser sur la première1985.

Il existe donc quelques cas dans lesquels le juge administratif, en vertu de cette dernière tendance, se trouve saisi d'une question préjudicielle souhaitant le faire se prononcer sur la validité d'un acte administratif non réglementaire devenu définitif. Quelle sera son attitude face à ces sollicitations ? Il lui serait a priori facile d'opposer le principe d'intangibilité à la recevabilité de la question posée. Mais l'état du droit prend résolument le contre-pied de cette intuition.

B. La compétence liée de la juridiction de renvoi

Le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives va ici céder le pas à des impératifs semble-t-il supérieurs, puisque le juge les fait prévaloir de façon systématique.

1 - Un devoir de réponse certain, malgré l'ambiguïté des formulations employées

a) Les doutes suscités par le libellé des arrêts rendus en la matière

A première vue, l'état du droit apparaît relativement touffu. Cette impression se nourrit essentiellement de ce que les formulations généralement employées par le juge de renvoi -qui insistent sur le fait que le recours en appréciation de validité sur renvoi de l'autorité judiciaire "n'est soumis à aucune condition de délai"1986-, peuvent se rapporter à deux choses bien distinctes :

- on peut évidemment entendre par là que le juge administratif se doit de statuer sur la question qui lui est posée, alors même que celle-ci porte sur une décision non réglementaire définitive. Cette interprétation plaide en faveur de la compétence liée du juge administratif placé dans une telle situation.

- mais on peut également y voir une confirmation de la jurisprudence selon laquelle les parties qui sont renvoyées devant le juge administratif sont absolument libres de choisir le moment où elles saisiront effectivement ce dernier1987, et ce alors même que le juge judiciaire leur a imparti un certain délai pour porter la question devant la juridiction administrative1988.

¹⁹⁸⁴ Voir dans le même sens C. Cass., 1^{ère} civ., 24/10/1979, *Bull. civ. I*, n°258 : bien que le délai de recours à son encontre ait déjà expiré, la Cour déclare recevable une exception d'illégalité dirigée contre un arrêté municipal de nature non réglementaire

¹⁹⁸⁵ J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.*, t. I, n° 744.

¹⁹⁸⁶ C'est là l'expression exacte employée par le Conseil d'État dans l'affaire *Ministre du Travail c/ Hertel* (C.E., 8/05/1981 ; *Revue du droit public* 1982, p.176, note Y. Gaudemet) et le Tribunal administratif de Strasbourg dans l'affaire *Inouri c/ Ministre du Travail et Société Usinor* (jugement rendu le 29/03/1983 et publié au *Daloz* 1984, p.184, avec une note J.-Y.P.). D'autres formules du Conseil d'État reprennent cette idée, avec quelques variantes. On peut ainsi relever notamment celle de l'arrêt C.E., 27/09/1985, *Société Usinor c/ Inouri* (*Revue du droit public* 1986, p.842, note Y. Gaudemet) selon laquelle "la recevabilité des requêtes en appréciation de validité n'est pas soumise aux conditions posées par l'exercice du recours pour excès de pouvoir".

¹⁹⁸⁷ C.E., 8/11/1961, *Commune de Sospel*, p.366 ; 19/01/1961, *Fernandez*, p.49 ; 8/02/1989, cons. *Mazières*.

¹⁹⁸⁸ C.E., 4/12/1934, *Arieu*, p.1137.

C'est notamment la position que M. Gaudemet a défendue à l'occasion de son commentaire de l'arrêt *Hertel*¹⁹⁸⁹ : en rattachant à ce problème les arrêts que la doctrine avait pris l'habitude de citer pour établir la compétence liée du juge administratif à statuer sur une question préjudicielle mettant en cause un acte non réglementaire définitif, cet auteur en conclut que ce dernier problème n'a pas été réellement tranché par le Conseil d'État. Il regrettera quelques années plus tard que cette incertitude se soit maintenue, malgré l'occasion qui s'offrait à la Haute juridiction de clarifier la situation¹⁹⁹⁰. Mais malgré cette analyse qui exploite le flou des formules jurisprudentielles employées¹⁹⁹¹, il semble que l'on puisse, sans extrapoler, facilement conclure à l'obligation pour le juge administratif de statuer, nonobstant le jeu du principe d'intangibilité qui s'attache aux décisions non réglementaires définitives.

b) Les certitudes liées à l'attitude du juge de renvoi

Au delà des ambiguïtés décelables dans le texte des décisions rendues par le Conseil d'État, un point est en mettre en exergue : les différentes affaires citées nécessitaient toutes l'appréciation d'une décision non réglementaire devenue définitive ; en dépit de quoi le juge de renvoi a, sans ne jamais faire aucune difficulté, invariablement accepté de statuer. Cette attitude du juge administratif, constante depuis la fin du siècle dernier¹⁹⁹², est notamment illustrée par un arrêt *Sieur Mencière*¹⁹⁹³, qui accepte, à la demande d'un tribunal judiciaire, de vérifier la légalité d'un arrêté de réquisition depuis longtemps insusceptible de recours direct. Ces solutions ont conduit de nombreux membres de la doctrine à considérer avec R. Chapus que "le juge administratif est tenu de se prononcer, même dans le cas où, s'il était saisi d'un recours principal, il y aurait matière à irrecevabilité", et notamment dans l'hypothèse "où lui est demandée l'appréciation de la légalité d'une décision individuelle devenue définitive"¹⁹⁹⁴. Ainsi, J.-Y. Plouvin estime que la position adoptée par le Conseil "ne souffre d'aucune ambiguïté" et "reconnaît le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des actes individuels"¹⁹⁹⁵. D'ailleurs Y. Gaudemet lui-même paraît aujourd'hui convaincu de la véracité de cette analyse et s'y rallie¹⁹⁹⁶. Les commissaires du gouvernement n'hésitent pas plus à tenir la solution pour acquise¹⁹⁹⁷.

S'il est donc généralement admis que la jurisprudence administrative accepte de vérifier la régularité d'une décision non réglementaire définitive quand la question lui est posée par le

Il n'en va différemment que lorsque le législateur établit une transmission de juridiction à juridiction, comme c'était le cas avec l'ancien article L.511-1 al.3 du code du travail (en matière de licenciements de certains salariés privés), abrogé par l'article 13 la loi du 30/12/1986 relative aux conseils de prud'hommes.

¹⁹⁸⁹ Note précitée.

¹⁹⁹⁰ Note précitée sous l'arrêt *Société Usinor c/ Inouri*.

¹⁹⁹¹ Il est vrai que "le juge écarte en bloc tous les moyens tirés de l'expiration des délais" et ne sépare pas les deux questions qui sont pourtant "intellectuellement bien distinctes" (note sous l'arrêt *Hertel* précitée, p.181).

¹⁹⁹² Cf. C.E., 28/04/1882, *Ville de Cannes c/ Société de Marie*, *Dalloz périodique* 1883.3., p.89 : recevabilité d'un recours en appréciation de validité sur renvoi formé à l'encontre d'une décision d'approbation de convention, nonobstant le fait que le pourvoi n'ait été formé qu'après expiration du délai pour excès de pouvoir.

¹⁹⁹³ C.E., S., 24/05/1968, p.329.

¹⁹⁹⁴ *Droit du Contentieux administratif* précité, n°652, p.453.

¹⁹⁹⁵ Note sous l'arrêt *Usinor c/ Inouri* (C.E., 27/09/1985, précité), *Dalloz* 1986, p.444

¹⁹⁹⁶ Cf. "Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction", *Revue française de droit administratif* 1990, pp.764 s. et spécialement p.770 : "lors même que la règle est, pour les actes administratifs individuels, que l'exception d'illégalité est enserrée dans les mêmes délais que le recours en annulation, cette solution est curieusement écartée lorsque la légalité de l'acte est appréciée sur renvoi du juge judiciaire, au titre de la question préjudicielle".

¹⁹⁹⁷ Conclusions A. Bacquet sous l'arrêt *Maurice* précitées, p.89 : "aucune forclusion n'est opposable à une appréciation de légalité sur renvoi de l'autorité judiciaire par question préjudicielle".

juge judiciaire¹⁹⁹⁸, il ne faut pas voir là pour autant une réelle exception au principe d'intangibilité, dans la mesure où ce sont d'autres considérations juridiques qui priment en la matière.

2 - Un devoir de réponse inhérent au respect de la chose jugée et de l'indépendance de la juridiction judiciaire

L'attitude adoptée par la juridiction de renvoi ne constitue pas, comme certains ont pu le prétendre, une simple "politesse du juge administratif à l'égard du juge judiciaire"¹⁹⁹⁹. Certains principes l'obligent en effet à ce faire.

a) Le premier de ces principes est celui qui lui impose de respecter la chose jugée par la décision de renvoi. On pourrait certes objecter que le juge administratif n'a pas été directement saisi par ce jugement, puisque l'intercession des parties, exerçant le recours approprié, s'avère nécessaire²⁰⁰⁰. L'existence du jugement de renvoi émanant d'un tribunal judiciaire est toutefois exigée comme préliminaire indispensable à cette action²⁰⁰¹. Et comme cette décision revêt une autorité de chose jugée, en vertu de quoi elle lie la juridiction administrative de renvoi²⁰⁰², cette dernière ne pourra opposer à la question qui lui est posée le principe d'intangibilité protégeant l'acte qui en fait l'objet. Ce respect de la chose jugée explique en outre que la recevabilité du recours mettant en cause une décision administrative définitive s'applique non seulement en cas de renvoi préjudiciel organisé par un texte législatif²⁰⁰³ - la loi pouvant, on le sait, écarter le principe d'intangibilité - mais également en l'absence de tout texte²⁰⁰⁴.

b) Corrélativement au principe précédent va jouer "l'obligation de respecter l'indépendance de la juridiction judiciaire"²⁰⁰⁵. En effet, si le juge administratif s'octroyait un droit de regard sur la pertinence de la question préjudicielle qui lui est posée, on considère qu'il s'emparerait excessivement d'un litige qui ne ressortit pas à sa compétence, et qu'il empiéterait de ce fait sur celle du tribunal judiciaire. C'est pourquoi il ne peut donner tort à ce dernier d'avoir soulevé le problème ; et la limite de son pouvoir d'appréciation ne concerne pas seulement l'impossibilité d'opposer au renvoi le principe d'intangibilité, mais s'étend au contraire à de très nombreux domaines²⁰⁰⁶.

¹⁹⁹⁸ Pour un tour d'horizon complet des différentes prises de position doctrinales en ce sens, voir J.-F. Flauss, "L'autorité de chose décidée des actes administratifs individuels devant le juge civil", *Gazette du Palais* 1987, Doctrine, p.623.

¹⁹⁹⁹ Cf. note P. Lagarde précitée, p.438.

²⁰⁰⁰ C.E., S., 13/07/1961, Dame Lauriau, p.512.

²⁰⁰¹ C.E., 24/06/1953, Commune de Lacanau, p.316 ; 16/11/1988, Société Ritz Hôtel, *Droit administratif* 1988, n°650.

²⁰⁰² Sur ce problème, voir C. Durand, *Les rapports entre juridictions administrative et judiciaire*, L.G.D.J. 1956, p.333.

²⁰⁰³ Tel que notamment l'ancien article L. 511-1 al. 3 du code du travail déjà évoqué.

²⁰⁰⁴ Voir notamment l'arrêt Soc. Usinor c/ Inouri précité : alors même que la décision de licenciement en cause n'était pas de celles qui entraient dans la procédure instituée à l'article L. 511-1 du code du travail, le principe d'intangibilité est écarté.

²⁰⁰⁵ C'est sous cette désignation que R. Chapus présente le problème étudié (*Droit du contentieux administratif*, n°652).

²⁰⁰⁶ Le juge de renvoi n'a pas ainsi, par exemple, à se demander si le juge qui a sursis a eu raison ou tort de le faire (C.E., 13/03/1970, Société nouvelle de transports spécialisés, p.184), notamment lorsque la résolution du

Tous ces points montrent en quoi nous n'avons pas affaire, ici, à une véritable dérogation au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs²⁰⁰⁷ : le respect de l'autorité de chose jugée et de l'indépendance de la juridiction judiciaire conduisent à l'imposition d'un "chef de compétence au juge de renvoi"²⁰⁰⁸. Ce dernier est en conséquence tenu d'ignorer les bornes qu'il avait instituées en vue de délimiter la recevabilité des requêtes dont il est directement saisi, au rang desquelles figure en bonne place le principe d'intangibilité. La nature de la question posée exclut donc, par hypothèse, le jeu de ce dernier.

C. Une situation insatisfaisante

1 - La distorsion entre les deux ordres de juridiction

La situation analysée montre que le principe d'intangibilité qui gouverne la recevabilité de l'exception d'illégalité des actes non réglementaires devant le juge administratif n'est pas toujours pris en compte par le juge judiciaire. Cette différence d'attitude s'avère difficilement justifiable sur un plan théorique. Les deux contentieux considérés sont en effet intellectuellement très proches, tant par leur objet (appréciation de la validité d'un acte non réglementaire) que par leur principal protagoniste (personne à qui cet acte fait grief). Y. Gaudemet²⁰⁰⁹ s'est avoué "choqué par la contradiction évidente entre le caractère temporaire de l'exception soulevée devant le juge administratif et son caractère perpétuel lorsque la demande est portée devant le juge judiciaire, cette opposition de régime résultant de considérations purement procédurales, sans rapport aucun avec la nature des mesures contestées et l'arbitrage à faire, par le jeu d'un délai, entre les impératifs contraires de stabilité juridique et de contrôle de légalité : ces exigences ne sont pas différentes et leur poids respectif est le même que l'exception d'illégalité soit soulevée devant le juge administratif ou le juge judiciaire ; comment expliquer que l'une l'emporte dans le premier cas et l'autre dans le second ?"

Cette disjonction dans le régime des actes non réglementaires apparaît d'autant plus critiquable que, nous l'avons dit, l'analyse du juge judiciaire repose sur l'idée que le délai de recours pour excès de pouvoir ne s'applique qu'au contentieux administratif. C'est oublier que ce délai est une règle fondamentale, qui dépasse le strict cadre procédural attaché à un ordre de juridiction précis, et dont le point ultime assure ni plus ni moins le respect du principe général qui garantit, à titre principal, la sécurité des relations juridiques. Une personne intéressée par un acte non réglementaire peut toujours en demander l'annulation devant le juge administratif dans le temps prévu à cet effet ; si elle ne profite pas de cette opportunité, rien ne justifie plus cette remise en cause, quelque ordre de juridiction vers lequel on se dirige.

2 - Les solutions envisageables

Deux types de remèdes peuvent se concevoir :

a) le juge administratif pourrait modifier sa position

problème n'était pas nécessaire pour dénouer le litige principal (C.E., 17/06/1977, Le Beux, *Revue du droit public* 1978, p.288).

²⁰⁰⁷ En ce sens, voir A. Bacquet, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, art. cit. n°42

²⁰⁰⁸ Cf. J.-F. Flauss, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, art. cit. n° 262 s.

²⁰⁰⁹ *Revue du droit public* 1986, note précitée, p.843.

Le fait d'opposer à une question préjudicielle mettant en cause la régularité d'une décision non réglementaire le caractère définitif de celle-ci constituerait-il une réelle et grave atteinte aux principes conjoints de respect de la chose jugée et de l'indépendance du juge judiciaire ? On peut raisonnablement en douter. En effet, le juge administratif oppose déjà parfois son incompétence à certains renvois, visant par exemple des actes qui soulèvent une question de droit international²⁰¹⁰ ou des actes législatifs²⁰¹¹. Même si, en matière d'actes non réglementaires non définitifs, il ne s'agirait plus d'incompétence mais d'irrecevabilité, on pourrait concevoir que le juge administratif se conduise de manière équivalente. C'est ce qu'a d'ailleurs prôné M. Gaudemet²⁰¹², en proposant que le Conseil d'État n'admette de répondre qu'aux questions mettant en cause des actes individuels dont la notification n'est intervenue que moins de deux mois avant la constitution du litige judiciaire. Mais on peut craindre que le juge administratif, de peur d'outrepasser ses prérogatives (dans la mesure où son attitude conditionnerait l'issue du procès civil), ne revienne pas de lui-même sur la jurisprudence critiquée. En fait, la résolution du problème passe sans doute par une rationalisation des solutions judiciaires.

b) le juge judiciaire devrait clarifier sa position

M. Flauss²⁰¹³ a fustigé l'absence de "jurisprudence monolithique de la Cour de cassation" s'agissant du problème étudié. Il est à souhaiter que la solution de l'intangibilité adoptée par certains arrêts soit systématiquement retenue lorsque se pose le problème de la validité d'un acte non réglementaire définitif. Pour éviter toutefois une rigueur abusive, il conviendrait d'admettre, avec M. Gaudemet, que la saisine du juge judiciaire dans le délai de deux mois empêche ce dernier d'expirer. C'est à cette seule condition que serait réalisée l'unité des solutions devant les deux ordres de juridiction, souci qui, dans d'autres domaines, a déjà suscité l'application de règles de droit public par la Cour de Cassation²⁰¹⁴.

Le nombre élevé de "fausses dérogations" au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs ne doit pas nous faire oublier qu'il en existe de bien réelles, dont le champ d'application n'est en rien négligeable.

²⁰¹⁰ Cf., s'agissant d'une réquisition prise sur la base d'un traité, C.E., 28/07/1951, Société Mathieu, p.468.

²⁰¹¹ C.E., 15/04/1970, Jeanson, p.252 (acte administratif validé par une loi).

²⁰¹² *Revue du droit public* 1982, note précitée, p.181.

²⁰¹³ *Gazette du Palais*, art. cit. p.624.

²⁰¹⁴ On pense notamment ici à la célèbre jurisprudence *Giry* au travers de laquelle la Cour de cassation a appliqué, en vue de réparer un dommage subi par un collaborateur du service public, le système de responsabilité sans faute prévu dans des cas similaires par la jurisprudence administrative (C. Cass., civ., 23/11/1956, Trésor public c/ *Giry* ; *Dalloz* 1957, p.34, conclusions Lemoine ; *Revue du droit public* 1958, p.298, note M. Waline ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1957, II, p.91, chron. J. Fournier et G. Braibant).

Paragraphe 2. Les véritables dérogations au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs

Des deux dérogations dont il sera fait état ici²⁰¹⁵, la seconde est sans conteste la plus symptomatique de la fragilisation du principe d'intangibilité que nous entendons mettre en lumière.

I - La recevabilité de l'exception dans le contentieux indemnitaire

A. La possibilité de mettre en cause une décision individuelle définitive à l'appui d'une action en dommages-intérêts

1 - Une solution classique

Dès le début du siècle, le Conseil d'État a admis qu'un requérant pouvait valablement, afin d'étayer une demande en réparation d'un préjudice lié à l'édition d'une décision non réglementaire, exciper de l'irrégularité de cette dernière, quand bien même il aurait omis de l'attaquer en excès de pouvoir dans les délais prévus à cet effet²⁰¹⁶. Cette permission, en laquelle Georges Vedel voyait une manifestation de l'autonomie du contentieux de la responsabilité par rapport à celui de l'excès de pouvoir²⁰¹⁷, intéresse en général le contentieux de la fonction publique, les agents frappés par une mesure défavorable -une révocation, une mise en congé sans traitement etc.²⁰¹⁸ - se montrant enclins à contester la légalité de celle-ci à l'appui d'une demande en dommages-intérêts ultérieure. Mais il est à noter que le moyen peut tout aussi bien être soulevé en défense par l'administration dont on cherche à engager la responsabilité. Tel a été le cas dans l'affaire *Commune de Longages*²⁰¹⁹ : un agent communal, qui avait fait l'objet d'une mesure de révocation, désirait obtenir réparation du dommage que celle-ci lui avait occasionné. Il mettait en relief à cet effet la faute qu'aurait commise la commune en ne respectant pas les dispositions de l'article 2 du décret du 19 octobre 1959 qui la

²⁰¹⁵ D'autres dérogations auraient pu être également signalées, mais leur caractère très ponctuel nous a poussé à les laisser en marge de notre étude. Voir notamment la solution dégagée par l'arrêt de la C.A.A. Nancy en date du 31/12/1992, *Société Placages du Centre*, *Revue juridique de l'environnement* 1993, p.281, conclusions J.-P. Pietri précitées : recevabilité d'une remise en cause incidente de la légalité d'arrêtés non réglementaires définitifs, dans le cadre du contentieux des installations classées, à l'appui d'une contestation dirigée contre un arrêté de consignation prévu par la loi du 19 juillet 1976, la solution se justifiant par le fait que ce dernier édicte une sanction administrative trouvant sa base légale dans les mesures arguées d'illégalité.

²⁰¹⁶ L'origine de cette jurisprudence remonte en effet à trois arrêts du Conseil d'État du 31/03/1911, Blanc, Argaing et Bezie (*Lebon* p.407 ; *Sirey* 1912.3, p.129, note M. Hauriou). Mais sa forme actuelle est plus directement issue de l'arrêt Dubois (C.E., 3/12/1952, p.555 ; *La semaine juridique* 1953.II, n°7353, note G. Vedel) qui consacre la solution décrite tout en abandonnant l'idée initiale qui admettait que le juge de l'indemnité pouvait parallèlement accueillir des conclusions à fin d'annulation de l'acte illégal, pourtant définitif. Voir également C.E., 11/12/1957, *Ville de Bastia*, p.670 ; *Revue pratique de droit administratif* 1957, p.178, conclusions P. Laurent.

²⁰¹⁷ Note sous l'arrêt Dubois précitée, n° II.

²⁰¹⁸ Voir respectivement :

- C.E., S., 6/03/1976, Siméon (arrêt précité), s'agissant du licenciement illégal d'un fonctionnaire ;
et - C.E., S., 14/10/1960, Laplace, p.541 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, 1, p.160, Chronique M. Combarous et J.-M. Galabert (mise en congé sans traitement).

²⁰¹⁹ C.E., 14/11/1984, p.365.

contraignaient à ne pas prononcer une sanction plus sévère que celle proposée par le conseil de discipline départemental. Or, la commune fut considérée recevable à exciper, en vue de se dédouaner, de l'illégalité de l'avis émis par cette commission²⁰²⁰.

2 - Les fondements de la solution

Le fait qu'on soit ici en présence d'une véritable dérogation au principe d'irrecevabilité des exceptions soulevées à l'encontre des décisions non réglementaires individuelles pourrait être contesté, au motif que ce n'est pas tant l'illégalité de l'acte qui est incriminée que la faute de l'administration qu'elle concrétise²⁰²¹. Il est vrai qu'une telle analyse paraît corroborée par un arrêt du Conseil d'État²⁰²². Mais la réelle motivation de cette jurisprudence semble plutôt résider dans l'idée que "l'action principale de caractère indemnitaire ne saurait en pratique menacer aussi directement la stabilité des situations acquises qu'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision ayant un lien de dépendance étroit avec l'acte antérieur argué d'illégalité"²⁰²³. En effet, la reconnaissance éventuelle de l'irrégularité de l'acte non réglementaire ne se traduira ici, eu égard à l'objet du recours intenté, que par l'octroi d'une somme d'argent : point n'est question de faire bénéficier le justiciable d'une mesure qui serait susceptible de remettre en cause les droits dont d'autres administrés ont pu bénéficier à la suite de l'édition de l'acte vicié²⁰²⁴.

²⁰²⁰ L'avis du conseil de discipline départemental constitue, pour le Conseil d'État, une décision -évidemment non réglementaire- faisant grief (C.E., 23/04/1969, Prat et Ville de Toulouse, p.219).

²⁰²¹ Voir, évoquant cette interprétation, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°592 ; et A. Bacquet, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°43.

²⁰²² Il s'agit de l'arrêt Siméon précité : le requérant, victime d'un licenciement abusif, avait en première instance articulé toutes ses doléances autour de l'idée de faute commise par son employeur. En appel, il fut pourtant admis à présenter un moyen nouveau tiré de l'illégalité de la mesure qui l'avait frappé, ce qui montre bien que celui-ci ne reposait pas sur une cause juridique distincte des moyens initiaux (voir en ce sens les conclusions du commissaire du gouvernement Aubin précitées, p.628).

²⁰²³ J. Barthélémy, "Exception d'illégalité", *Jurisque Dalloz*, fascicule précité, n°88.

²⁰²⁴ Ainsi, la reconnaissance incidente, dans le cadre d'un recours indemnitaire, de l'irrégularité d'une mesure d'éviction n'entraînera bien évidemment pas la réintégration de l'intéressé dans l'administration (mesure qui pourrait menacer les agents nommés en remplacement, ou ayant bénéficié de cette mise à pied sur le plan de l'avancement). Pour plus de précisions sur cette question, voir *infra*, Sous-titre 2.

B. Les faibles limites de la permission jurisprudentielle

L'exception d'illégalité qui nous occupe peut être déclarée irrecevable lorsqu'elle est dirigée contre une décision à objet exclusivement pécuniaire devenue définitive²⁰²⁵, et que les prétentions du requérant se bornent à revendiquer l'octroi des sommes qui lui ont été refusées par cette dernière²⁰²⁶. L'admission d'une semblable démarche reviendrait en effet à permettre au requérant d'exercer hors délai un recours qui apparaîtrait comme l'exact substitut d'un recours pour excès de pouvoir, dont il partagerait "la cause juridique et le résultat pratique"²⁰²⁷. Mais cette apparente sévérité jurisprudentielle mérite qu'on la relativise, dans la mesure où ses contours ont été très strictement dessinés. En premier lieu, elle disparaît -c'est naturel- dès lors que la décision en cause, bien qu'ayant des conséquences principalement pécuniaires, entraîne corrélativement d'autres effets de droit. On considère alors que le requérant dispose d'un libre choix entre tenter un recours pour excès de pouvoir dans les délais ouverts contre elle, ou privilégier la voie indemnitaire, à l'occasion de laquelle il pourra s'appuyer sur l'irrégularité de l'acte litigieux, même si celui-ci a acquis un caractère définitif²⁰²⁸. En outre, le Conseil d'État ne fait pas jouer la limite étudiée de façon pleine et entière : en raison de considérations d'ordre purement procédural, la jurisprudence *Lafon* est en effet par principe écartée lorsque l'acte à objet exclusivement pécuniaire a été implicitement édicté²⁰²⁹.

²⁰²⁵ La limite étudiée ne joue pas en effet si l'acte à objet exclusivement pécuniaire ne revêt pas ce caractère définitif, comme c'est souvent le cas en matière de travaux publics, les recours s'y rattachant n'étant pas assujettis à une quelconque condition de délai. Voir en particulier C.E., 25/01/1989, Epoux Repetto, *Droit administratif* 1989, n° 92.

²⁰²⁶ Cf. notamment :

- C.E., S., 2/05/1959, Lafon, p.282 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, p.526, chron. M. Combarous et J.-M. Galabert : le requérant qui demande une indemnité égale au montant des arrérages non payés de la pension civile dont il est titulaire ne peut exciper de l'illégalité de la décision suspendant le versement de ces arrérages.

- C.E., 26/10/1960, Bena, p.1089 ; *Dalloz* 1961, p.629, note J.-P. Gilli ; C.E., 10/10/1969, Veuve Izern, p.430, conclusions G. Braibant ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.108, note A. de Laubadère ; et C.E., S., 5/10/1984, Tambafedouno, p.320 : même solution s'agissant de refus d'augmenter des traitements et pensions (première et troisième espèces), ou d'accorder une allocation (deuxième espèce).

A noter qu'on trouve des solutions identiques hors du contentieux de la fonction publique (ex : C.E., S., 5/07/1965, Delobel, p.410 : la demande fondée sur l'illégalité de décisions réduisant le montant de primes à la construction et tendant à l'octroi d'une indemnité égale à ce montant n'est pas estimée recevable).

²⁰²⁷ Voir en ce sens les conclusions Chardeau sur l'arrêt Lafon citées par les chroniqueurs de l'*Actualité juridique, Droit administratif* 1960, p.527.

²⁰²⁸ L'état du droit est issu de l'arrêt Laplace précité (recevabilité à arguer, à l'appui d'une demande d'indemnité, de l'illégalité d'un refus définitif s'opposant non seulement à l'allocation d'une indemnité, mais également à une éventuelle reconstitution de carrière). Cet arrêt revenait sur la solution qu'avait adoptée le Conseil d'État dans une affaire Lefèvre en date du 8/01/1954 (Lebon p.17). Pour deux exemples plus récents, voir en particulier C.E., 20/01/1975, Bahelon ; *Revue du droit public* 1975, p.1443 ; et C.E., Ass., 7/07/1989, Ordonneau, p.161 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.598, chron. MM. Honorat et Baptiste).

²⁰²⁹ Voir, renversant une fois encore une solution antérieure contraire, C.E., S., 5/01/1966, Dlle Gacon, p.4 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.39, chron. J.-P. Puissochet et J.-P. Lecat ; *Dalloz* 1966, p.362, note P. Sandevour. Cf. également C.E., 16/12/1966, S.C.I. de Basse-Yutz, p.670.

Le fondement de cette solution est à chercher dans la règle qui veut que le délai de recours de plein contentieux ne coure pas à l'encontre des décisions implicites de rejet (Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°531).

II - La recevabilité de l'exception dans le cadre de la théorie des opérations complexes

Construction purement jurisprudentielle aux contours très incertains, le concept d'"opération complexe" -tel que nommé parfois le Conseil d'État lui-même²⁰³⁰- constitue sans aucun conteste "la principale et la plus remarquable dérogation au principe de l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité visant un acte non réglementaire devenu définitif"²⁰³¹. Il trouve en effet sa seule raison d'être dans cet assouplissement des règles qui commandent classiquement la matière, et offre au juge, de par sa malléabilité, un instrument commode d'adaptation des principes contentieux aux nécessités pratiques.

A. Une théorie *ad hoc*

Dans l'histoire du contentieux, la première référence à l'idée d'opération administrative complexe avait eu pour but d'écarter le recours pour excès de pouvoir à l'encontre de certains actes²⁰³². Après avoir été éliminée des catégories du droit administratif à la suite d'une évolution jurisprudentielle qui la rendait sans objet dans sa fonction initiale²⁰³³, elle devait renaître de ses cendres, mais pour tenir un rôle radicalement différent, quoique tout aussi défini.

1 - Le besoin à satisfaire

a) Les domaines concernés

La théorie de l'opération complexe intéresse un certain nombre de décisions administratives non réglementaires qui, bien que faisant grief aux administrés²⁰³⁴, ne portent pas, en elles-mêmes, leur finalité propre : leur édicton ne constitue qu'une étape dans la réalisation d'une opération d'envergure, engagée par la puissance publique en vue de la réalisation d'une mission de service public, et qui ne se réalisera pleinement et définitivement que par l'émission d'une ou plusieurs décisions individuelles ultérieures²⁰³⁵ :

²⁰³⁰ Cette terminologie, consacrée non seulement par la doctrine mais également les commissaires du gouvernement, n'est que rarement reprise par la Haute juridiction. Voir cependant C.E., 7/07/1976, Sébillote, *Droit administratif* 1976, n° 269 ; et, plus récemment, 20/03/1991, Association Salève (*Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.351, chronique R. Schwartz et C. Maugué) où deux décisions sont explicitement considérées comme constituant "deux éléments d'une opération complexe".

²⁰³¹ A. Bacquet, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°46.

²⁰³² Référence est faite à l'idée d'"opérations génératrices de droits" développée par M. Hauriou (note sous C.E., 4/08/1905, Martin, précitée), et à celle de "tout indivisible" déjà présentée (Cf. *supra*, Partie I).

²⁰³³ On sait en effet que la théorie des actes détachables a mis fin à celle du tout indivisible. Sur l'évolution historique de la théorie des opérations complexes, voir en particulier F. Chevallier, « la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes », *Actualités juridique, droit administratif* 1981, art. cit., p. 331.

²⁰³⁴ Ces décisions se distingueront en cela des actes simplement préparatoires. Voir notamment sur ce point M. Distel, "La notion d'opération administrative complexe", *La Revue administrative* 1981, pp.370 s. et plus particulièrement p.371.

²⁰³⁵ Quel meilleur rhétoricien qu'Hauriou pour nous faire saisir, en une seule phrase particulièrement imagée, la réalité de ce qu'il dénommait "opération de procédure" ? : "A chaque pas, ce qui fut un acte à vertu exécutoire limitée, devient un fait auquel adhère un second acte à vertu exécutoire nouvelle, jusqu'à ce que l'opération entière à laquelle travaillent à la fois l'acte et le fait soit achevée et produise son effet exécutoire propre" (Principes de droit public, 2^{ème} édition, p.137 s.).

* C'est tout d'abord le cas des mesures que la doctrine a qualifiées de "décisions d'espèce"²⁰³⁶ ou d'"actes particuliers"²⁰³⁷, et qui visent, pour la plupart d'entre elles, un bien ou une zone déterminés²⁰³⁸. Leur deux caractères principaux²⁰³⁹ résident en effet, pour le premier, dans le fait qu'elles se bornent à appliquer de façon mécanique une norme réglementaire préétablie afin d'engager le processus qui permettra à cette dernière de produire les effets de droit qu'elle portait en germe²⁰⁴⁰, pour le second, dans leur impossibilité à concrétiser par elles-mêmes lesdits effets à l'égard de destinataires désignés²⁰⁴¹.

²⁰³⁶ Voir en particulier I. Poirot-Mazères, "Les décisions d'espèce", *Revue du droit public* 1992, p.443.

²⁰³⁷ L'emploi de cette terminologie est notamment préconisé par P. Delvolvé dans sa chronique d'information bibliographique consacrée à l'article ci-dessus indiqué (*Revue française de droit administratif* 1992, p.751). D'autres qualificatifs ont été employés en doctrine, tels qu'"actes sui generis" ou "actes intermédiaires", cette dernière appellation nous paraissant peut-être la mieux adaptée à la situation qu'elle recouvre. Mais pour des raisons pratiques, nous nous en tiendrons essentiellement aux deux premières appellations, dans la mesure où ce sont elles qui reviennent le plus souvent dans les travaux consacrés à la question.

²⁰³⁸ Il est difficile de se montrer plus précis dans l'approche de la notion en raison de la diversité des éléments qui la composent. S'y côtoient en effet des mesures aussi variées que des décisions de classement (de voies publiques, sites ou monuments historiques etc.), de constatation d'une situation de fait (par exemple de délimitation du domaine public naturel), ou de détermination d'une zone en vue de la soumettre à une opération déterminée (D.U.P., arrêtés fixant le périmètre d'une opération de remembrement ou instituant une Z.A.C., etc.). Sont en outre à rattacher à la catégorie des décisions d'espèce certains actes qui ne visent pas un bien ou une zone, telle la fixation de la liste des organisations syndicales les plus représentatives en vue de la nomination des membres d'une commission.

Afin d'obtenir plus de détails sur les différents actes qualifiables de "décision d'espèce", on pourra se reporter à l'étude précitée de Mme Poirot-Mazères, pp. 496 à 499.

²⁰³⁹ Pour une étude de ces deux caractères, voir notamment M.-C. Bergères, "Les actes non réglementaires", *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, pp.3 et s. ; et notamment pp. 6 à 10.

²⁰⁴⁰ Pour I. Poirot-Mazères, ce caractère ne s'opposerait pas aux facultés normatives des décisions d'espèce. La norme créée aurait cependant ceci de spécifique que, contrairement à celles qui, traditionnellement, visent une catégorie de personnes (norme réglementaire) ou des individus nominativement désignés (norme individuelle), elle ne se plierait pas au critère fondé sur la considération de ses destinataires. Selon l'auteur, ledit critère "ne permet pas d'appréhender l'acte particulier, tout simplement parce qu'il n'appartient pas à son registre : l'acte particulier se caractérise par le fait qu'il ne vise aucun destinataire direct, aucun individu ou groupe d'individus. Il se rapporte à une situation, une opération particulière indépendamment des personnes qui en subissent les effets. En cela, il se distingue de l'acte réglementaire : celui-ci pose une norme impersonnelle, celui-là une norme a-personnelle" (*art. cit.*, p.486).

Cette analyse n'a cependant pas convaincu P. Delvolvé (chronique bibliographique précitée) : "Peut-on dire que, par opposition à ceux qui établissent une norme de réglementation, -les actes particuliers- adoptent une norme d'application ? Une norme est difficile à distinguer d'une règle et précisément la décision d'espèce n'établit pas de règle. N'y a-t-il pas alors antinomie avec la formule "norme d'application" ? La décision d'espèce est plutôt l'application d'une norme qu'une source de norme d'application. Mais elle en est une application non individualisée".

²⁰⁴¹ La décision d'espèce, "pour qu'elle atteigne le subjectif, c'est-à-dire qu'elle puisse concerner directement les sujets, appelle (...) des normes de concrétisation de la situation juridique posée" : elle "apparaît ainsi comme un élément intermédiaire du processus juridique, une étape entre la règle de création générale et son adaptation aux cas particuliers, permettant à la première de s'inscrire dans le réel sans aller cependant jusqu'à la traduire concrètement comme source d'effets juridiques pour des destinataires" (H. Poirot-Mazères, *art. cit.*, p.489).

* Mais il en va également ainsi de tous les actes qui, intervenant au cours d'une procédure donnée, ne marquent que "les phases transitoires d'une opération globale ayant son objet propre"²⁰⁴², et sont destinés à disparaître au stade ultime de celle-ci, quand bien même ils ne s'intégreraient pas à la catégorie des décisions d'espèce. Le droit de la fonction publique en fournit d'excellentes illustrations, que ce soit en matière de concours de recrutement - la nomination finale des candidats déclarés admis étant précédée d'une multitude d'étapes "dont chacune commande la suivante et est spécialement prise pour en permettre l'intervention"²⁰⁴³ - ou d'avancement des fonctionnaires - faisant suite à une inscription sur une liste d'aptitude ou un tableau d'avancement. Dans les deux cas, figurent parmi les actes intermédiaires des décisions individuelles ou collectives²⁰⁴⁴ dont certaines sont estimées, pour des raisons pratiques, créatrices de droits²⁰⁴⁵. Elles ne se fondent pas moins parfaitement dans le processus pour la réalisation duquel elles ont été édictées.

b) Les problèmes soulevés

En dépit du caractère non réglementaire de tous les actes ci-dessus mentionnés, plusieurs facteurs plaident en faveur de l'opportunité de laisser ouverte la possibilité d'exciper de leur illégalité à l'appui d'un recours dirigé contre une phase ultérieure de la procédure qu'ils ont lancée, ou à laquelle ils participent.

* Quelquefois, tout d'abord, les administrés susceptibles d'être intéressés par ces actes peuvent en ignorer l'existence au moment de leur édicton. Une telle situation n'est pas rare, en pratique, dans le cadre de la première hypothèse (c'est-à-dire relativement aux décisions d'espèce), dans la mesure où une simple publication suffit à assurer l'entrée en vigueur de ce type d'actes²⁰⁴⁶, l'absence de notification obligatoire s'expliquant naturellement par le fait qu'ils ne visent aucun destinataire direct et immédiat. Or, passé le délai de deux mois qui court à compter de ladite publication, l'acte sera réputé définitif, et l'irrecevabilité opposée aux

²⁰⁴² Conclusions P. Laurent sur C.E., S., 17/06/1955, *Ministre de l'Industrie et du Commerce c/ Association pour la sauvegarde du parc des Sports A. Rondenay*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1955.II, p.288.

²⁰⁴³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit. n°593.

²⁰⁴⁴ Constitue par exemple une décision collective celle qui arrête la liste des candidats à l'attribution d'une fréquence de radiodiffusion (voir en ce sens la chronique R. Schwartz et C. Maugué précitée sous l'arrêt *Association Salève*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.355).

C'est en particulier le cas pour les décisions d'admission à concourir. Cf. C.E., 29/07/1953, *Dlle Giorgi*, p.414 ; 9/03/1956, *Chesne*, p.682 ; et 16/03/1977, *Ministre de l'Education Nationale c/ Dame Schild*, p.866.

²⁰⁴⁵ C'est en particulier le cas pour les décisions d'admission à concourir. Cf. C.E., 29/07/1953, *Dlle Giorgi*, p.414 ; 9/03/1956, *Chesne*, p.682 ; et 16/03/1977, *Ministre de l'Education Nationale c/ Dame Schild*, p.866.

Cette solution s'explique par le souci d'inciter l'administration à une certaine circonspection lors de cette phase importante du processus de concours, afin de ne pas laisser des candidats qui ne pourraient être finalement nommés poursuivre inutilement leurs efforts (voir en ce sens la chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre sous C.E., 27/04/1988, *Dame Marabuto*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.450)

²⁰⁴⁶ L'exigence d'une publication pour toute mesure de publicité, dégagée en matière d'expropriation à l'égard des déclarations d'utilité publique (C.E., S., 29/06/1951, *Sieurs Lavandier et autres*, p.380), a été étendue par le juge à d'autres actes, tels que l'arrêté préfectoral fixant un périmètre de remboursement (C.E., S., 19/11/1965, *Epoux Delattre-Floury*, p.623 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, p.40, chronique J.-P. Puissochet et J.-P. Lecat ; *La semaine juridique* 1966, n°14697, conclusions Rigaud), la décision de classer un site (C.E., 7/11/1986, *De Geouffre de La Pradelle*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.124, note X. Prétot) ou le décret autorisant la création de tranches d'une centrale nucléaire (C.E., 30/06/1989, *État de Sarre*, p.155 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.333, conclusions M. Fornacciari, note V. Hétiér ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.857, note L. Dubouis).

conclusions ultérieures déposées en vue de son annulation²⁰⁴⁷. Faut-il dès lors priver les intéressés, au nom du principe d'intangibilité qui s'attache aux actes non réglementaires définitifs, de la faculté de mettre en cause la régularité de l'acte particulier à l'appui du recours intenté contre une des mesures dont il a permis l'édition, mesure qui, pour sa part, aura été portée à la connaissance du justiciable par une mesure de publicité adéquate ? Le problème s'est posé en particulier pour la procédure d'expropriation, les délais de recours ouverts à l'encontre de la D.U.P. (le plus souvent simplement publiée de façon plus ou moins confidentielle dans un bulletin officiel ou par affichage à la mairie) étant fréquemment écoulés lorsque l'arrêté de cessibilité vient signifier à un administré que sa propriété est concernée par l'opération envisagée.

* Il convient de souligner parallèlement que dans bien des cas, et alors même qu'ils sont informés des mesures transitoires qui ont pu être prises, les administrés ne posséderont une réelle raison d'agir qu'à un stade avancé - sinon au stade terminal - du processus en cause, parce qu'ils ignorent si la mesure dans laquelle se résoudra l'opération en cours leur sera ou non défavorable. Le contentieux du recrutement ou de l'avancement dans la fonction publique constitue l'illustration topique de cette situation : il nous faut attendre la dernière étape pour savoir si, insatisfait du résultat, l'on a intérêt à mettre en cause la régularité de la procédure, ou si, au contraire, la nomination ou la promotion obtenues nous comblant, il est préférable de nous abstenir d'une pareille démarche. La même logique se retrouve dans le domaine de l'expropriation : tant que n'a pas été pris l'arrêté de cessibilité, la menace qui pèse sur les propriétés qui composent la zone visée par la D.U.P. n'est que virtuelle. Mieux vaut, en conséquence, patienter jusqu'à la précision des biens faisant l'objet de l'expropriation pour engager, si nécessaire, une procédure contentieuse.

L'avalanche de facteurs qui plaident en faveur d'un assouplissement des règles de recevabilité de l'exception d'illégalité dans le cadre de procédures globales a conduit la jurisprudence à élaborer une théorie destinée à satisfaire expressément et précisément ce besoin.

2 - La satisfaction du besoin

Pour répondre aux nécessités qui s'étaient manifestées, le concept d'"opération complexe" s'est imposé, car il présente l'avantage d'adapter le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires dans la stricte mesure indispensable. R. Odent en a parfaitement défini la teneur, et sa formule est reprise dans la plupart des ouvrages et travaux de référence : "il y a opération complexe chaque fois qu'une série nécessaire de décisions concourt pour aboutir à une décision finale : les intéressés peuvent attaquer chacune des décisions préliminaires dans le délai de recours ouvert contre ladite décision. Mais ils peuvent aussi attendre l'intervention de la décision finale contre laquelle ils sont recevables à invoquer l'illégalité de l'une quelconque des décisions qui y ont concouru, même si le délai pour attaquer ces décisions arguées d'illégalité est expiré"²⁰⁴⁸. Trois points méritent qu'on s'y attarde :

²⁰⁴⁷ Cf. par exemple C.E., 18/11/1964, *Sieur Marchand*, p.567 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1965, p.157.

Et cela même si l'administration a ultérieurement notifié la D.U.P. au requérant, cette notification ne prolongeant pas le délai ouvert par la publication (Cf. J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, op. cit., n°330-1, note 6).

²⁰⁴⁸ *Contentieux administratif*, p.1101.

a) Les avantages présentés par la théorie de l'"opération complexe"

Ils sont doubles :

* Le premier - qui constitue la raison d'être de la notion - est d'autoriser les intéressés qui auraient négligé d'attaquer en temps utile les décisions non réglementaires constitutives de l'opération en cause, à se prévaloir de leur illégalité à l'occasion d'un recours formé contre une étape ultérieure de la procédure, et ce en dépit du principe d'intangibilité qui protège classiquement cette catégorie d'actes. On mesure l'intérêt de cette permission : un requérant pourra sans préjudice s'abstenir -délibérément ou non- d'agir tant qu'il ne sera pas frappé de plein fouet par une opération donnée, puisqu'il peut se fonder sur l'illégalité de n'importe quelle phase de cette dernière obtenir l'annulation de son résultat, quand bien même celui-ci ne serait entaché d'aucun vice propre. Pour ne prendre qu'un exemple dans chacun des deux contentieux principalement intéressés, la censure d'un arrêté de cessibilité pourra parfaitement être prononcée à raison d'une irrégularité qui affectait la D.U.P. devenue définitive sur la base de laquelle il a été pris²⁰⁴⁹ ; et celle des résultats d'un concours administratif en vertu d'une illégalité viciant l'une quelconque des étapes ayant conduit à leur détermination²⁰⁵⁰. Soulignons ici que le jeu de la théorie de l'opération complexe ne se justifie qu'à l'égard des décisions non réglementaires définitives : aucune règle spécifique ne s'avère en effet nécessaire lorsque l'acte intermédiaire en cause se prêtait de lui-même à une contestation incidente, qu'il s'agisse d'une mesure réglementaire²⁰⁵¹, d'un acte préparatoire²⁰⁵², voire d'une décision non réglementaire pour laquelle les délais contentieux ne sont pas expirés.

* L'autre avantage que présente l'emploi de la théorie des opérations complexes repose dans l'idée qu'elle ne constitue pas, à proprement parler, une négation du principe de

D'autres auteurs se sont également fendus d'une définition de l'opération complexe. Ainsi C. Aubert (*Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris 1937, p.167) qui la décrivait comme "une opération juridique résultant d'un certain nombre d'actes administratifs qui, devenant des éléments de cette opération, ont perdu leur individualité" ; ou, plus près de nous, R. Chapus, selon qui "il y a opération complexe lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement édictées pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement" (*Droit du contentieux administratif, op. cit.* n°593).

²⁰⁴⁹ Outre l'arrêt Lavandier précité, voir notamment (pour la recevabilité d'une contestation incidente mettant en cause l'utilité publique du projet à l'occasion d'un recours dirigé contre l'arrêté de cessibilité) C.E., 6/07/1977, Consorts Girard, *Revue du droit public* 1977, p.1323, note M. Waline ; C.E., S., 26/07/1977, Dame Manrot le Goarnic, *Actualité juridique, Droit administratif* 1977, p.513, note P. Chateaufrenaud ; et 25/01/1985, Commune de Gisors c/ Dame Chalendar, *Droit administratif* 1985, n°145.

Un requérant peut également obtenir l'annulation de l'arrêté de cessibilité en s'appuyant sur des vices externes de la D.U.P. (Cf. par exemple C.E., 19/11/1986, Epoux Molard, p.568 ; *Dalloz* 1987, Som. Com., p.406, observations P. Bon ; *La semaine juridique* 1987, n°20778, conclusions B. Lasserre).

²⁰⁵⁰ Cf. notamment C.E., S., 3/05/1957, Azoulay, p.278 ; et 18/11/1983, Ministre de la Santé c/ Colin, *Droit administratif* 1983, n°492.

²⁰⁵¹ A l'égard des actes réglementaires, la théorie des opérations complexes a toutefois justifié quelques assouplissements très ponctuels aux règles de l'utilité de l'exception d'illégalité, notamment s'agissant de mesures se substituant à d'autres plus anciennes. Cf. *supra*, Partie I, Titre préliminaire, et jurisprudence Lidoff citée à l'occasion de ces développements.

²⁰⁵² Un acte préparatoire, bien qu'insusceptible de faire l'objet d'une contestation directe, demeure toujours sous la menace d'une mise en cause de sa régularité lors d'un recours intenté contre la décision qu'il annonçait. Cf. notamment conclusions C. Lasry sur C.E., S., 5/04/1957, Commune des Abymes, *Actualité juridique, Droit administratif* 1957.2, p.290.

l'intangibilité de l'acte non réglementaire définitif, y compris pour les décisions dont elle autorise la mise en cause. Il s'agit plutôt d'un "contournement" dudit principe à l'égard d'actes solidaires, dans le cadre fini d'une opération homogène. Point n'est question de conférer à l'exception d'illégalité ici permise un caractère perpétuel, comme elle le possède à l'encontre de mesures réglementaires. Puisque ce moyen ne peut être soulevé qu'à l'appui d'un recours dirigé contre l'un des actes qui concourt à la réalisation de l'opération considérée ou contre la décision qui la clôture, toute possibilité de contestation incidente des mesures non réglementaires la composant s'éteindra lorsque l'acte dans lequel elle se résout revêtira un caractère définitif²⁰⁵³. L'entorse au principe d'intangibilité se révèle de la sorte extrêmement limitée dans le temps²⁰⁵⁴; elle l'est également, du moins en théorie, dans l'espace.

b) Les garde-fous théoriques

* La théorie de l'opération complexe possède en principe un champ d'action bien défini. Elle se réfère aux processus décisionnels dans lesquels l'objet des actes initiaux ou intermédiaires consiste exclusivement à permettre la réalisation de la décision terminale qui, sans eux, s'avérerait impossible. Le critère déterminant réside dans cette idée d'exclusivité, que d'aucuns ont baptisée "condition de spécificité"²⁰⁵⁵: "il n'y a d'opération complexe qu'entre des actes dont les premiers chronologiquement produisent certes des effets juridiques propres (...), mais n'ont de sens, d'objet, que rapportés à la décision qui marquera l'issue de la procédure et qui en constitue la finalité. Une fois cette décision intervenue, les actes intermédiaires perdent tout objet et cessent en général de produire effet"²⁰⁵⁶. Ainsi, dans l'arrêt *Ministre de l'Industrie c/ État de Sarre et autres*, le Conseil d'État s'opposera à la reconnaissance d'une opération complexe entre les décrets autorisant la création de tranches d'une centrale nucléaire et les arrêtés autorisant le rejet par celle-ci d'effluents radioactifs, dans la mesure où "les deux autorisations constituent chacune l'aboutissement d'une procédure ayant son objet propre" et où, "une fois la centrale mise en service, les décrets d'autorisation ne s'effacent pas, mais imposent au contraire au pétitionnaire de nombreuses prescriptions qu'il doit observer"²⁰⁵⁷. Un autre exemple, puisé dans les contestations incidentes relatives aux désignations de membres de commissions administratives consultatives, permet de saisir sans difficultés la teneur des exigences jurisprudentielles : en principe, un tel moyen ne peut être soulevé à l'appui d'un recours dirigé contre les décisions prises après avis de la commission concernée, du fait de la nature non réglementaire de l'acte de désignation²⁰⁵⁸. Mais l'irrecevabilité est écartée lorsqu'on se situe dans le cadre d'une opération complexe, ce qui est le cas si la commission a été

²⁰⁵³ Ainsi, en matière d'expropriation, une fois les délais contentieux ouverts à l'encontre de l'arrêté de cessibilité expirés, il ne sera plus question de contester incidemment la D.U.P. définitive qui le fondait à l'appui de quelque recours que ce soit.

²⁰⁵⁴ En ce sens, voir conclusions P. Laurent précitées.

²⁰⁵⁵ F. Chevallier, *art. cit.* p.335.

²⁰⁵⁶ Conclusions Fornacciari précitées, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1989, p.335.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ C.E., S., 11/10/1957, Dame Gonzalès, p.526 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1957.II, p.495, chronique MM. Fournier et Braibant ; C.E., S., 6/06/1958, Hartz et Toche, p.312 ; C.E., 28/05/1975, Hospice Allart de Fourment, p.323.

"spécialement créée" en vue de l'opération même qui est à l'origine du contentieux²⁰⁵⁹, comme en témoigne en général sa disparition une fois sa mission unique accomplie²⁰⁶⁰.

* Cette première condition à la reconnaissance d'une opération complexe se double d'une nécessité de "continuité juridique"²⁰⁶¹ entre les différents actes qui la composent²⁰⁶², continuité qui ne se vérifie pas forcément alors même qu'est rempli le critère d'exclusivité évoqué ci-dessus. Effectivement, le fait qu'un acte ait été spécialement édicté pour la réalisation d'un autre n'exclut pas la possibilité d'une certaine indépendance entre les deux mesures. L'illustration la plus significative de cette assertion - parce qu'élevée au rang de principe - provient de l'idée d'"indépendance des législations"²⁰⁶³. En vertu de celle-ci, "lorsqu'une même opération nécessite une autorisation au titre d'une législation A et une autorisation au titre d'une législation B, l'autorisation accordée au titre de la législation B ne vaut pas autorisation au titre de la législation A et, corrélativement, l'illégalité de l'autorisation accordée au titre de la législation B n'a pas en principe d'incidence sur la légalité de l'autorisation accordée au titre de la législation A"²⁰⁶⁴. Dans ce cas de figure, la dualité des législations qui s'appliquent interdit l'identification d'une opération complexe, quand bien même tous les caractères de celle-ci seraient réunis²⁰⁶⁵. Pour quelle raison fait-on prévaloir cette construction qui, selon P. Louis-

²⁰⁵⁹ Cf. en particulier C.E., 4/11/1960, Faivre et autres, p.587 ; C.E., S., 13/07/1967, Bouiller, p.312.

Cette spécialité se retrouve notamment en matière de jury de concours, "organisme créé spécialement en vue de la réalisation de l'opération même" qui est contestée (22/05/1963, Viallet, p.320).

²⁰⁶⁰ Un organisme permanent possède en effet, dans la plupart des cas, une compétence moins spécifique et sera amené à statuer dans de nombreux domaines. Ainsi en va-t-il des commissions paritaires dans la fonction publique (arrêt Gonzales précité).

²⁰⁶¹ Selon l'expression employée par M. Chevallier, *art. cit.* p.334.

²⁰⁶² On sait qu'en règle générale l'utilité d'une exception d'illégalité est subordonnée à la "filiation" existant entre la mesure attaquée au principal et celle dont la régularité est mise en cause par voie incidente, et qu'en matière d'actes non réglementaires, un simple rapport d'"influence" suffit à établir ce lien (Cf. *supra*, Partie I, Titre préliminaire). Le problème qui se pose ici diffère quelque peu : il s'agit de déterminer si la proximité des différents actes contestés est telle qu'elle autorise une dérogation au principe d'intangibilité des décisions non réglementaires. On se situe donc sur le plan de la recevabilité du moyen, et non plus sur celui de l'utilité. Pour un arrêt particulièrement explicite à cet égard, voir C.E. 19/11/1965, Epoux Delattre-Floury (précité) : le fait que les vices dont seraient entachés les actes non réglementaires argués d'illégalité sont sans influence sur la légalité de l'acte qui fait l'objet du recours entraîne l'irrecevabilité -et non l'inopérance- du moyen.

²⁰⁶³ Sur ce principe -dit également d'"indépendance des procédures"-, Cf. *supra*, Partie I, Titre préliminaire ; et l'article de P. Sablière cité à l'occasion de ces développements.

²⁰⁶⁴ J.-M. Auby et P. Bon, *op. cit.*, n°300.

²⁰⁶⁵ Nombreux sont les exemples de cette situation dans la jurisprudence administrative. Sans le moindre souci d'exhaustivité, on peut citer l'impossibilité d'exciper :

- de l'illégalité d'une autorisation de créer un centre commercial au soutien de la contestation du permis de construire la grande surface en question (C.E., S., 17/02/1982, Société Angélica-Optique Centraix, p.419, conclusions B. Genevois ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1983, p.330, note F. Bouyssou ; et 27/04/1984, Société "Hypermarché Continent", p.169). Ici, pourtant, l'opération pouvait se prévaloir d'une homogénéité et d'une cohérence certaines, puisque le lien qui unit les deux décisions est assez fort pour qu'un refus d'autorisation entraîne obligatoirement le rejet de la demande de permis de construire (C.E., 23/05/1980, Calvy, p.235 ; *Dalloz* 1980, I.R., observations H. Charles).

- de l'illégalité de l'acte de création d'une Z.A.C à l'appui d'un recours contre la D.U.P. qui en permet la réalisation (Cf. notamment C.E., 28/10/1987, Association pour la défense des sites et Paysages, p.327 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.298, observations X. Prétot ; *Dalloz* 1990, Somm, Com., p.20, note P. Bon).

- de l'illégalité de l'acte déclarant l'utilité publique d'une autoroute à l'appui du recours exercé contre la décision approuvant la concession de l'autoroute (C.E., Ass., 14/02/1975, Epoux Merlin, p.110 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1975, p.229, chron. M. Franc et M. Boyon ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1975, p.128, note J. Virole ; *Revue du droit public* 1975, p.1705, note M. Waline).

Lucas, "en élevant une cloison entre les diverses réglementations, méconnaît le sens profond du principe de légalité"²⁰⁶⁶, sur la solution inverse paraissant avoir pour elle la force de la logique²⁰⁶⁷ ? Le souci d'éviter une atteinte trop marquée au principe d'intangibilité des actes non réglementaire, quoique généralement avancé en guise de réponse à cette interrogation²⁰⁶⁸, ne constitue pas une justification très convaincante car on voit mal en quoi le risque relatif que présente la théorie des opérations complexes pour la stabilité des relations juridiques serait plus important dès lors que deux législations sont en jeu. M. Genevois nous propose une explication nettement plus probante : il s'agit en fait d'"éviter que la dérogation apportée aux règles concernant le délai de recours contre les actes non réglementaires ne se double d'une exception aux règles de l'intérêt pour agir"²⁰⁶⁹. Si l'on permettait en effet à la personne qui intente un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte pris en vertu d'une législation donnée, de se prévaloir de l'irrégularité d'une décision fondée sur un corps textuel différent, on multiplierait les risques de voir incidemment contester une mesure par un justiciable qui n'aurait pas eu intérêt à l'attaquer par voie d'action, ce qui est contraire à tous les principes de base du contentieux administratif.

c) Les manifestations de la théorie

La jurisprudence ayant accolé l'épithète "complexe" à certaines opérations administratives se révèle relativement abondante. Pour résumer la position du juge, on peut dire qu'il se résout à cette qualification lorsque les actes en cause lui paraissent former un "tout indivisible", car concourant tous au même but et bénéficiant de la continuité juridique sus-évoquée²⁰⁷⁰. Les développements qui précèdent nous ont indiqué que les contentieux de la fonction publique et de l'expropriation se montrent spécialement fertiles en ce domaine. Mais bien d'autres sont concernés par la construction étudiée, contentieux aussi divers que la création d'associations communales de chasse agréées²⁰⁷¹, la mise en place d'une Z.A.C.²⁰⁷² ou

Pour d'autres exemples de cette situation, voir notamment P. Sablière, *art. cit.*, notes 30 à 45, p.149, liste qui pourra être actualisée en intégrant deux arrêts récents du Conseil d'État reconnaissant l'indépendance de la législation de l'expropriation avec, pour le premier, celle relative à l'implantation des lignes électriques (C.E., S., 7/04/1993, Société d'exploitation immobilière et agricole du midi, p.101 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1993, p.497, conclusions H. Legal, note H. Cardon), celle prévoyant la protection des monuments historiques et des sites pour le second (C.E., Ass., 3/03/1993, Commune de Saint-Germain-en-Laye, p.54 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.340, chronique C. Maugué et L. Touvet ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1993, p.330, conclusions M. Sanson ; *Dalloz* 1994, Somm. Com., p.269, observations P. Bon ; *Revue française de droit administratif* 1994, p.310, note J. Morand-Deville).

²⁰⁶⁶ "Expropriation et urbanisme", *Droit et ville* 1981, n°12, pp.7 s. et plus spécialement p.34.

²⁰⁶⁷ On peut à ce propos faire nôtre cette réflexion de B Genevois : "il faut toute la force persuasive de la logique juridique pour faire comprendre que le permis de construire un bâtiment à la place d'un autre ne permet pas de démolir le bâtiment existant ..." ("Les autorisations administratives en matière de réhabilitation de l'habitat ancien", *Droit et ville* n°8, 1979, p.97).

²⁰⁶⁸ Voir en particulier R. Odent, *Contentieux administratif*, p.1102 ; et A. Bacquet, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°50.

²⁰⁶⁹ Conclusions précitées sur l'arrêt Société Angélica-Optique Centraix, p.425.

²⁰⁷⁰ Cette terminologie se retrouve d'ailleurs dans certains arrêts du Conseil d'État. Voir notamment C.E., 10/02/1992, Rocques, p.54 : forment une opération complexe "en raison de leur indivisibilité" les différents actes intervenus depuis l'inscription d'un étudiant dans une université jusqu'à la décision du président de l'université lui délivrant le diplôme espéré.

²⁰⁷¹ Ainsi l'illégalité de l'arrêté préfectoral inscrivant une commune sur la liste de celles où une association de chasse doit être créée peut être soulevée à l'appui d'un recours formé contre l'arrêté délimitant son périmètre d'action (C.E., S., 22/02/1974, Association des propriétaires de Saclas, p.134, conclusions M. Gentot) ou contre les délibérations de l'assemblée constitutive de l'association (C.E., 30/11/1977, Association des chasseurs de Noyant-de-Touraine, p.466).

Voir également dans ce domaine C.E., 20/02/1985, Pinard, p.496.

l'attribution de fréquences radio²⁰⁷³. Cette courte énumération n'a bien évidemment rien d'exhaustif, d'autant que la souplesse d'emploi de la théorie des opérations complexes autorise leur reconnaissance dans des domaines qui ne semblent pourtant pas se plier aux critères classiques

B. Une théorie élastique

Tous les auteurs qui se sont penchés sur la question des opérations complexes s'accordent sur le fait que "le champ d'application de la notion se caractérise par une grande incertitude", la jurisprudence en la matière, "essentiellement pragmatique (...), semblant vouloir déjouer les constructions juridiques les plus élaborées"²⁰⁷⁴. Cette remarque vaut tout autant pour les décisions qui découvrent une opération complexe là où, manifestement, il n'y en avait pas, que pour celles qui dénie sans raison apparente ce caractère à des processus dont tout poussait à croire qu'ils en constituaient.

1 - Les cas d'hypertrophie

Quelques décisions du Conseil d'État ont assimilé certaines successions d'actes administratifs à des opérations complexes alors qu'une application stricte des règles classiques ne semblait pas conduire à pareille authentification. M. Chevallier en a dressé l'inventaire, et l'on se bornera ici à citer l'exemple le plus significatif, en renvoyant à son étude pour plus de détails²⁰⁷⁵ : il s'agit de la combinaison ordre de versement/état exécutoire intéressant le processus de recouvrement des créances publiques²⁰⁷⁶. Logiquement, il n'existe aucun lien nécessaire entre les deux actes : le second, qui peut être parfaitement pris sans que le second ne soit au préalable intervenu, ne clôt pas au surplus inéluctablement l'opération de recouvrement, pour peu que le redevable se soit acquitté spontanément de sa dette après l'émission de l'ordre de versement. Le Conseil d'État, pour des raisons d'opportunité, a cependant estimé que leur réunion constituait une opération complexe, rendant recevable l'invocation de l'irrégularité du

²⁰⁷² Un administré est en effet recevable à se prévaloir de l'irrégularité d'une décision de création de Z.A.C. au soutien de sa demande d'annulation de l'acte approuvant le plan d'aménagement de cette zone (C.E., S., 23/03/1979, Valentini, p.133 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, p.55, note A. Souloumiac ; *Droit et ville* 1979, n°8, p.237, observations F. Bouyssou ; et T.A. Nice, 23/02/1988, Union des commerçants et artisans de Saint-Cyr-sur-Mer, p.973).

²⁰⁷³ Cf. C.E., 20/03/1991, Association Salève, arrêt précité : forment une opération complexe la décision arrêtant la liste des candidats à l'attribution d'une fréquence de radiodiffusion sonore et les décisions d'autorisation à en user.

²⁰⁷⁴ B. Genevois, conclusions précitées sur l'arrêt Société Angélica-Optique Centraix, p.423.

²⁰⁷⁵ *Art. cit.* pp.339 s.

On peut simplement noter que M. Chevallier identifie les premiers signes de la dérive jurisprudentielle dans des décisions relativement anciennes, dont l'arrêt C.E., S., 8/07/1955, Ville de Vichy, p.396 (recevabilité à invoquer l'illégalité d'une délibération de conseil municipal soumise à approbation à l'appui d'un recours formé contre la décision prononçant cette approbation ; "or, manifestement, il n'y a pas de lien direct et nécessaire entre la décision approuvée et la décision d'approbation : la première n'a pas été prise pour permettre l'édition de la seconde" (*ibid.*, pp.339/340)).

²⁰⁷⁶ Cet exemple demeure le plus significatif (du point de vue du raisonnement tenu par le juge) en dépit du fait que l'article 98 de la loi de finance rectificative du 31 novembre 1992 et le décret du 29 décembre 1992 aient actuellement supprimé la pratique de l'ordre de versement.

premier au soutien d'un recours contre le second²⁰⁷⁷. De telles utilisations, qui procèdent d'une interprétation pour le moins extensive de la théorie étudiée, peuvent faire craindre sa "dilution"²⁰⁷⁸, inquiétude que viennent attiser ponctuellement quelques arrêts du Conseil d'État²⁰⁷⁹. De surcroît, des auteurs ont dénoncé dans certains domaines - en particulier celui de l'urbanisme - une véritable "généralisation de la reconnaissance des opérations complexes"²⁰⁸⁰, favorisée semble-t-il par les tribunaux inférieurs²⁰⁸¹. Mais il ne faudrait pas négliger la volonté affichée du Conseil d'État, au nom de la stabilité des relations juridiques, de s'opposer à une extension inconsidérée des possibilités de mise en cause incidente d'actes non réglementaires devenus définitifs²⁰⁸², volonté si forte qu'elle le conduit parfois à des raisonnements d'une prudence excessive.

²⁰⁷⁷ Voir notamment C.E., S., 3/03/1967, *Ministre de l'Economie c/ Marc*, p.401 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.125, conclusions Y. Galmot ; C.E., S., 10/01/1969, *Société d'approvisionnements alimentaires*, p.18 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1969, p.176, note R.D ; et C.E., S., 12/01/1973, *Ville du Canet c/ Pantacchini*, p.36.

L'intérêt de cette assimilation était évident : "le destinataire de l'ordre de reversement devenu définitif était recevable, quand il faisait opposition au titre exécutoire, à se prévaloir de l'illégalité de l'ordre de versement et, notamment, à contester ainsi le bien-fondé de la créance alléguée par l'administration. Faute d'une telle possibilité, il n'aurait été recevable qu'à invoquer les vices propres du titre exécutoire" (R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°595).

²⁰⁷⁸ Terme choisi par M. Chevallier pour retracer l'évolution de la notion d'opération complexe, se traduisant par un "élargissement de son champ d'application" (*art. cit.* p.333).

²⁰⁷⁹ Ainsi récemment, un arrêt Boiteux (C.E., 16/12/1992, req. n°107340) a admis la recevabilité à se prévaloir de l'irrégularité d'arrêtés refusant une autorisation de cumul de terres agricoles au soutien de la contestation de la mise en demeure de cesser l'exploitation des terres. Ici encore, on peut difficilement considérer que l'acte dont on est autorisé à relever incidemment les vices soit spécialement pris pour permettre l'édition de celui qui fait l'objet du recours principal !

²⁰⁸⁰ Cf. B. Lévy ("Les actes non réglementaires et l'urbanisme", *Droit et ville* 1990, pp.5 s. et plus particulièrement p.22) qui reprend l'idée émise par F. Bouyssou ("Le contentieux des Z.A.D.", *Droit et ville* 1982, p.273).

Cette affirmation doit être cependant relativisée dans la mesure où M. Lévy lui-même montre qu'il existe, dans le droit de l'urbanisme, un certain nombre de ce qu'il nomme "actes non réglementaires isolés", tel celui de création d'une Z.A.D. (*art. cit.*, p.27).

²⁰⁸¹ Sur ce point, voir notamment F. Chevallier, *art. cit.* pp.332/333, qui parle d'une "très forte pression des juridictions inférieures dans le sens d'une extension du champ d'application de la théorie des opérations complexes, (...) facteur d'entraînement d'autant plus fort qu'il est animé par des considérations pratiques qui ne peuvent être purement et simplement négligées".

Pour un exemple récent de ce phénomène, on peut signaler que, dans l'affaire État de Sarre précitée, le tribunal administratif de Stasbourg avait reconnu en premier ressort l'existence d'une opération complexe entre les autorisations de création de tranches d'une centrale nucléaire et de rejets d'effluents rétroactif par celle-ci (Cf. décision du 11/06/1987, p.477 ; *Revue Juridique de l'environnement* 1987, n°4, p.491, 2^{ème} espèce, note J.-P. Colson), position, on le sait, désavouée en appel par le Conseil d'État.

²⁰⁸² Volonté attestée en particulier par l'exemple cité à la note précédente.

2 - Les cas d'atrophie

La réunion des critères d'exclusivité et de continuité par une opération ne pousse pas automatiquement le juge à assimiler celle-ci à une opération complexe²⁰⁸³. La jurisprudence, en ce domaine, est empreinte en effet d'un tel empirisme qu'on a pu écrire avec raison : "il n'y a, en réalité, d'opération complexe que celles qui sont ainsi qualifiées par la jurisprudence"²⁰⁸⁴. Le fait que nombre de commissaires du gouvernement confrontés à ce problème ont vu leurs conclusions infirmées par la Haute Assemblée²⁰⁸⁵, et l'abondance des arrêts de Section témoignent de cet aléa. C'est que l'élément qui détermine la reconnaissance d'une opération complexe réside quasi entièrement dans l'appréciation au cas par cas, par le juge, de l'opportunité de recevoir l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre d'un acte non réglementaire²⁰⁸⁶. Une affaire récente, qui n'est certes liée à la théorie étudiée que de façon indirecte, indique la prépondérance de ce type d'analyse²⁰⁸⁷ : la question était de savoir si un justiciable devait être estimé recevable, à l'appui d'une recours contre une élection cantonale, à invoquer l'illégalité affectant prétendument un découpage cantonal définitif²⁰⁸⁸. Ce dernier, bien que constituant un acte non réglementaire, pouvait parfaitement s'assimiler, aux dires du commissaire du gouvernement et en dépit de certaines particularités, à un acte préparatoire à l'élection²⁰⁸⁹, et se soumettre en conséquence à une contestation incidente. Si la Section du contentieux n'a pas partagé ce raisonnement, c'est sans doute par peur des retombées néfastes que cette permission risquait d'entraîner, en termes d'alourdissement probable du contentieux électoral et d'incertitude sur le fonctionnement des conseils généraux²⁰⁹⁰.

Une leçon doit être tirée de cet aperçu de la recevabilité des moyens incidents dirigés contre des actes de nature non réglementaire devenus définitifs. Que l'on se situe dans le cadre des fausses ou des véritables dérogations au principe d'intangibilité, il apparaît que ce dernier ne contrarie pas autant que nous le laissait présager la présentation traditionnelle la constatation d'illégalités affectant les mesures qu'il était censé protéger. La conciliation des différents impératifs en présence en matière d'exception joue donc relativement souvent au profit du souci

²⁰⁸³ L'affaire Juste (C.E., S., 20/07/1971, p.541) en fournit une illustration : il s'agissait de savoir si le tableau général d'avancement des administrateurs civils arrêté par le premier ministre au vu de tableaux préparatoires établis par chaque ministre formait, avec ces derniers, une opération complexe. Des juristes avertis l'avaient soutenu (Cf. les observations précitées de MM. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle sous l'arrêt Puisoye, *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.487 s.) et tout en effet semblait plaider en ce sens ; mais le Conseil d'État devait rejeter cette qualification.

²⁰⁸⁴ R. Odent, *Contentieux administratif*, p.1102.

On peut d'ailleurs noter, pour étayer cette constatation, que la plupart des arrêts en la matière se bornent à affirmer que tel ensemble de décisions constitue ou ne constitue pas une opération complexe, sans exposer plus avant les raisons qui ont poussé le juge à se déterminer comme il le fait.

²⁰⁸⁵ Voir par exemple les conclusions Rigaud sur l'affaire Delattre-Floury (conclusions précitées).

²⁰⁸⁶ En ce sens, voir les conclusions D. Labetoulle sur l'arrêt Valentini citées par M. Distel (*art. cit.* p.372/373).

²⁰⁸⁷ C.E., S., 30/11/1990, Elections cantonales de Chauffailles, Mme Abadie, p. 342 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.116, chronique E. Honorat et R. Schwartz précitée ; *Dalloz* 1991, I.R., p.16 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.580, conclusions M. Pochard.

²⁰⁸⁸ Le grief était plus précisément tiré de l'inégalité démographique entre les différents cantons concernés.

²⁰⁸⁹ M. Pochard effectuait en effet un parallèle avec les sectionnements électoraux qui sont considérés comme tels, quoique pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir direct (Cf. sur le premier point C.E., 23/07/1875, Elections de Cahan, p.720 ; et sur le second C.E., 24/07/1903, Commune de Massat, p.655). Le Conseil d'État ayant implicitement admis que les découpages cantonaux puissent être soumis à l'examen du juge de l'annulation (C.E., 25/07/1986, Elections cantonales d'Amiens II Nord-Ouest, p.541), M. Pochard proposait de leur attribuer le même caractère de mesure préparatoire que celui reconnu aux sectionnements électoraux (conclusions précitées, pp. 582 à 584).

²⁰⁹⁰ Voir, explicitant ces craintes pour tenter de les relativiser, conclusions M. Pochard précitées, p.585.

de légalité, impression confirmée lorsqu'on s'intéresse cette fois au résultat de la déclaration d'illégalité sur l'acte reconnu illicite.

SECTION 2. LA VOLONTE DE NEUTRALISER L'ACTE DECLARE ILLEGAL

La progression du souci de légalité évoquée par le présent Chapitre ne s'est pas seulement manifestée dans l'assouplissement des conditions de recevabilité de l'exception, et les différents points abordés en première partie ont démontré que les conséquences de la déclaration d'illégalité avaient été, dans la même mesure, concernées par le phénomène. Nous voudrions insister ici sur l'idée dont, sans doute, dépend l'essentiel de cette dernière transformation : la réticence du juge à voir l'acte qu'il déclare illégal produire le moindre effet à l'avenir.

Paragraphe 1. L'administration ne saurait appliquer un règlement illégal

Le juge ne s'est pas contenté d'en poser le principe ; il a entendu au surplus encourager l'administration à le respecter en consacrant certaines solutions destinées à lui faciliter la tâche.

I - L'affirmation du principe

L'administration possède, nous l'avons vu, le pouvoir matériel d'appliquer un règlement dont le caractère irrégulier a été reconnu par voie d'exception, puisque cet acte n'a pas disparu *ipso facto* de l'ordonnancement juridique. Il n'en demeure pas moins que le juge a entendu, très tôt, marquer sa désapprobation de principe à l'égard d'une telle attitude : l'arrêt *Ponard*²⁰⁹¹ formule en effet qu'"il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif"²⁰⁹². Le Conseil d'État a souhaité par là même signifier que si, en dépit de cette interdiction, l'administration s'aventurait à adopter un tel comportement, elle commettrait une illégalité ; la mesure d'application litigieuse serait irrémédiablement censurée par le juge, au cas où un recours serait intenté contre elle. Il a fourni parallèlement la clé de voute du système jurisprudentiel ultérieur qui a progressivement tendu à faciliter la disparition de l'acte illégal au moyen du développement de l'obligation d'abrogation, ou à permettre la résurgence de texte épargnés par l'illégalité incidemment constatée²⁰⁹³. Mais ce ne sont pas là les seuls corollaires au principe dégagés par l'arrêt *Ponard*.

²⁰⁹¹ C.E., 14/11/1958, p.554, arrêt précité.

²⁰⁹² La formule a été reprise telle quelle par des arrêts plus récents. Cf. par exemple C.E., 29/07/1983, *Ministre de l'Urbanisme c/ Austorri*, cité par D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif, op. cit.* p.247, n°396.

²⁰⁹³ Sur ces deux derniers points, voir *supra* Partie I, Titre I Sous-titre II.

II - Quelques solutions accessoires

Afin que l'administration ne cède pas à la tentation d'appliquer un règlement irrégulier, le Conseil d'État a prévu un certain nombre de solutions destinées à lui faciliter les choses, qui privent le non respect d'une réglementation illégale de tout caractère sanctionnable. La première ne peut guère se combiner avec le mécanisme de l'exception d'illégalité : il s'agit de la règle qui postule que "le report par l'autorité administrative (...) de la date d'entrée en vigueur d'une réglementation illégalement établie -ne peut- constituer une mesure illégale engageant la responsabilité" de cette autorité²⁰⁹⁴. Pour les deux autres solutions, l'amalgame est parfaitement envisageable.

A. Ainsi a-t-il notamment été jugé que l'autorité administrative ne commettait aucune irrégularité en refusant de prendre une mesure qui n'aurait pu l'être que sur le fondement des dispositions illégales d'un acte réglementaire²⁰⁹⁵. Il s'agissait en l'espèce d'un arrêté interministériel dressant la liste des espèces végétales protégées sur l'ensemble du territoire national qui n'avait pas été signé par le ministre chargé des pêches maritimes, défaut de signature qui entachait ledit arrêté d'incompétence. Le Conseil d'État décida par suite que le refus du ministre de l'environnement de prendre un arrêté de biotope visant à la protection d'espèces d'une zone donnée, "qui n'aurait pu être pris que sur le fondement des dispositions illégales de l'arrêté (...), ne saurait être entaché d'illégalité"²⁰⁹⁶.

B. Dans le même ordre d'idée, le juge considère que ne constitue pas une illégalité l'inobservation, par l'administration, des règles de procédure ou de fond irrégulièrement édictées. Ainsi, un préfet ayant incompétemment décidé qu'il devrait être procédé à des consultations supplémentaires au cas où le commissaire enquêteur, au cours d'une procédure d'expropriation, émettrait un avis défavorable, "la violation de la règle ainsi posée (...) n'a pas pour effet d'entacher d'irrégularité la procédure suivie"²⁰⁹⁷. Parallèlement, un autre préfet ayant fixé, alors qu'il n'en avait pas le pouvoir, le mode de calcul de la distance minimum à respecter entre deux officines pharmaceutiques, peut passer outre à ce calcul dans une affaire donnée sans commettre la moindre irrégularité²⁰⁹⁸. L'administration se trouve donc dispensée de donner plein effet à des dispositions illégales.

Si le juge a produit un effort particulier afin d'empêcher l'administration de succomber à la tentation d'appliquer des règlements illégaux, il n'en a pas pour autant négligé le domaine des décisions non réglementaires irrégulières.

²⁰⁹⁴ C.E., S., 8/01/1960, Laiterie Saint Cyprien, p.10.

Cette règle pourrait à la rigueur s'associer avec le mécanisme de l'exception lorsque l'illégalité qui justifie le report de l'entrée en vigueur du texte en question résulte de celle de l'acte qui le fonde juridiquement : l'irrégularité du texte de base a parfaitement pu être démontrée par le juge dans le cadre d'un litige antérieur.

²⁰⁹⁵ C.E., 19/10/1988, Fédération nationale "S.O.S. Environnement", p.343.

²⁰⁹⁶ Notons qu'ici le ministre de l'environnement ignorait l'illégalité de ce texte ; mais il en irait *a fortiori* de même si cette irrégularité était connue, notamment par le biais d'une déclaration juridictionnelle incidente.

²⁰⁹⁷ C.E., 6/11/1968, S.A. Olida, p.550.

²⁰⁹⁸ C.E., 9/03/1966, Sieur Meyer, p.200.

Cette jurisprudence ne doit pas être confondue avec celle qui impose à l'autorité administrative de respecter les règles de procédure légales auxquelles elle s'est volontairement soumise (Cf. C.E., Ass., 22/06/1963, Albert, p.385 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1964, p.112).

Paragraphe 2. L'administration ne saurait appliquer un acte non réglementaire illégal

En dépit des apparences, les deux grandes catégories d'actes non réglementaires doivent retenir, à ce propos, l'attention de celui qui étudie les conséquences d'une déclaration d'illégalité incidente.

I - Ni un acte non créateur de droits

Les règles évoquées dans le cadre du premier paragraphe ne concernent *a priori* que les règlements. Toutefois, et par extension, les actes non réglementaires non créateurs de droits illégaux dont la disparition de l'ordre juridique ne peut causer, par hypothèse, un quelconque trouble sur des situations protégées, vont en partager le régime. Ainsi, l'administration peut parfaitement et sans risque refuser d'appliquer les actes individuels viciés qui n'ont pu engendrer des droits, tels par exemple que des décisions inexistantes²⁰⁹⁹ ou celles qui ont été obtenues par fraude²¹⁰⁰.

II - Ni un acte créateur de droits

Un problème aurait pu se poser s'agissant de ce type de décisions même s'il semble plus théorique que pratique, dans la mesure où il nécessite une conjonction de facteurs dont on peut penser qu'elle se produit relativement rarement. Son examen n'en demeure pas moins intéressant, car il s'avère assez symptomatique de la politique jurisprudentielle globale visant à donner plein effet à la reconnaissance d'une illégalité par voie d'exception.

A. Les difficultés qu'aurait pu rencontrer une pareille extension

En guise de préliminaire, il nous faut tout d'abord rappeler qu'en dépit du principe d'intangibilité qui protège ces actes, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une critique par voie d'exception lorsqu'ils ne sont pas devenus, pour une raison ou pour une autre, définitifs²¹⁰¹ : un requérant peut en effet valablement préférer à une demande d'annulation directe - par définition encore possible - la contestation de la légalité d'une telle décision à l'appui d'un recours contre une mesure en découlant²¹⁰². Par ce biais, le juge est donc quelquefois amené à reconnaître l'irrégularité d'un acte créateur de droits. On pourrait en conséquence en déduire rapidement qu'à l'image de ce qui est prévu pour les actes non créateurs de droits (qu'ils soient ou non de nature réglementaire), l'administration est alors dispensée d'en tirer toutes les conséquences.

²⁰⁹⁹ C.E., S., 30/06/1950, Massonau, p.400 (arrêt précité) : "l'administration n'était pas tenue de tirer toutes les conséquences juridiques" d'une nomination qui constituait "un acte nul et de nul effet".

²¹⁰⁰ Voir notamment C.E., S., 18/11/1966, *Ministre des Travaux Publics c/ Silvani*, p.609 (arrêt précité). Le commissaire du gouvernement montrait en effet qu'il serait "difficile d'admettre que le fraudeur puisse obliger l'administration à consolider les prétendus droits qu'il tient de la décision en tirant de cette décision les conséquences légales qu'elle aurait comportées si elle avait été régulière ou si, entachée d'une simple illégalité, elle était devenue définitive".

²¹⁰¹ Voir *supra*, Titre préliminaire.

²¹⁰² Le principe en a été posé par la décision C.E., S., 4/06/1954, *Dlle Le Roux*, p.348, précitée.

Une solution jurisprudentielle paraît *a priori* s'opposer à une telle conclusion, et aller à l'encontre de la volonté de neutralisation des actes illégaux qui se manifeste lorsque ceux-ci ne créent pas de droits : il s'agit de l'arrêt *Ville de Cayenne*²¹⁰³, dans lequel le Conseil d'État a admis que l'administration, sur demande d'un administré, est tenue d'appliquer un acte créateur de droits irrégulier alors même que le délai de recours n'est pas expiré à son encontre. Était en cause en l'espèce un arrêté portant titularisation de treize auxiliaires de service pris par le maire de Cayenne en violation d'un article du Code de l'Administration communale qui réservait la compétence en la matière au seul conseil municipal. L'existence de cette décision, qui n'avait été ni exécutée, ni publiée, ni notifiée aux intéressés, fut découverte deux ans plus tard par certains de ces derniers ; ils demandèrent alors au maire de leur en faire bénéficier. Le Conseil d'État devait confirmer l'annulation prononcée en premier ressort du refus implicite opposé à cette requête par l'autorité municipale. Il a considéré en effet, après avoir pourtant reconnu que l'acte en cause présentait un caractère clairement illégal, que le maire, du moment qu'il n'avait pas retiré cet arrêté comme il était en droit de le faire, "était tenu de lui donner son plein effet à l'égard des fonctionnaires intéressés qui lui en ont fait la demande".

M. Ferrari²¹⁰⁴ a tenté d'expliquer cette solution par la spécificité du régime des actes créateurs de droits : on estime généralement en effet que ces droits existent dès la signature de l'acte, et non à la suite de la publicité qui doit leur être donnée²¹⁰⁵. Or, l'acte créateur de droits étant parallèlement exécutoire dès sa signature²¹⁰⁶, il semble logique que les intéressés puissent tout de suite réclamer le bénéfice d'une telle décision²¹⁰⁷. On pourrait certes penser que ces règles doivent être mises entre parenthèses lorsqu'une illégalité affecte l'acte créateur de droits en cause. Cependant, cet élément n'a pour seule conséquence que de frapper la décision viciée d'un aléa provisoire : l'autorité compétente peut alors en effet, selon la fameuse jurisprudence *Dame Cachet*,²¹⁰⁸ le retirer jusqu'à expiration du délai contentieux, en vue de faire l'économie d'un recours pour excès de pouvoir qui produirait nécessairement le même résultat. Et c'est précisément ici que se situe le ressort logique de la décision *Ville de Cayenne* : le Conseil d'État a estimé que du moment que cet aléa ne s'est pas matériellement concrétisé par un retrait ou une annulation juridictionnelle, rien ne s'opposait au jeu normal des règles qui gouvernent la matière, à savoir que tout intéressé peut valablement solliciter le bénéfice d'une décision créatrice de droits, avant même toute publicité de celle-ci.

En statuant en ce sens, le Conseil d'État a certainement voulu mettre l'administration devant ses responsabilités²¹⁰⁹. Mais une pareille solution aurait pu soulever des difficultés dans le domaine qui nous intéresse : imaginons que le juge, saisi d'une exception d'illégalité contre un acte créateur de droits non définitifs, constate l'irrégularité de celui-ci. Puisque, on le sait, une telle déclaration n'a pas pour effet de faire disparaître de l'ordonnancement juridique l'acte convaincu d'illégalité, ne pourrait-on pas imaginer qu'en vertu des règles qui gouvernent le

²¹⁰³ C.E., S., 18/05/1973, p.359 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1973, p.538, note P. Ferrari.

²¹⁰⁴ Note précitée.

²¹⁰⁵ Le principe en a été affirmé par l'arrêt C.E., 19/12/1952, Dlle Mattéi, p.594 ; *Sirey* 1953, III, p.1938, et régulièrement confirmé depuis (voir *supra*, Chapitre précédent).

²¹⁰⁶ Voir en ce sens M. Waline, *Droit administratif*, 8^{ème} éd., p.509 : "Du jour où il est fait, et sans qu'il soit nécessaire d'attendre la notification, l'acte est déjà susceptible d'exécution dans la mesure où celle-ci ne préjudicie pas aux droits des tiers".

²¹⁰⁷ Voir en ce sens note G. Morange sous C.E., 26/11/1954, Dlle Balthazard, *Dalloz* 1955, p.524.

²¹⁰⁸ Jurisprudence précitée.

²¹⁰⁹ Cf. note P. Ferrari précitée, p.541 : "Cette obligation d'exécution apparaît comme la sanction directe de l'inaction ou de l'inconséquence de l'autorité administrative, obligation de nature à assurer une certaine moralité administrative". L'auteur conteste par ailleurs l'opportunité d'une telle solution (voir pp. 541 s.).

régime des décisions créatrices de droits, un bénéficiaire d'un acte de ce type puisse encore contraindre l'administration à lui en faire application ?

B. La prévention opérée par le Conseil d'État

La Haute juridiction a visiblement envisagé le problème avant d'opter pour la solution *Ville de Cayenne*. Afin d'y parer, le libellé de l'arrêt a entendu mettre sur un pied d'égalité retrait, annulation et simple déclaration d'illégalité. En effet, si le juge admet que le maire de Cayenne avait l'obligation de donner suite aux requêtes des intéressés alors même qu'elles tendaient à l'application d'un acte illégal, c'est non seulement parce que ce dernier n'avait été "ni rapporté, ni annulé", mais également parce que "son illégalité n'avait pas été déclarée par une décision juridictionnelle". Il faut bien en conclure *a contrario* que la survenance d'une décision de cet ordre affranchirait l'administration du devoir que lui a imposé l'arrêt *Ville de Cayenne*. Cette précision s'accorde il est vrai parfaitement avec l'économie du système mis en place par l'arrêt : si l'on peut se prévaloir d'un acte créateur de droits dès sa signature, c'est seulement lorsque l'illégalité de celui-ci n'a pas été sanctionnée d'une manière quelconque, soit par l'intervention de l'auteur de l'acte en prononçant le retrait (qui n'est possible qu'à cette condition), soit par le biais d'une décision juridictionnelle la reconnaissant explicitement. Dans ces cas, en effet, il n'est plus possible de faire bénéficier l'acte de la présomption de légalité qui, seule, est de nature à contraindre l'administration à l'exécuter²¹¹⁰, et qui conduira, le délai de recours expiré, à considérer l'acte comme intangible²¹¹¹. On mesure ici, au travers du souci manifesté par le juge de neutraliser les effets de l'acte qu'il a déclaré illégal, fût-il créateur de droits, la force de son envie de sanctionner les irrégularités de l'acte administrative, quand bien même il n'a été amenée à les constater que par voie incidente. Cette solution ponctuelle reflète le mouvement beaucoup plus large, évoqué tout au long de ce Chapitre, qui tend à faire prévaloir dès que possible le souci de légalité sur les précautions traditionnellement prises au nom de la sécurité juridique.

La frontière tracée par les présentations classiques entre annulation et déclaration d'illégalité a perdu de sa netteté originelle par la conjonction de deux phénomènes : l'apparition de considérations subjectives dans un domaine qu'on disait voué aux questions de pure légalité ; l'extension des préoccupations de régularité de l'action administrative au sein d'une voie de droit où celles-ci apparaissaient très concurrencées. Nous tenons là les facteurs ayant permis le dépassement du clivage classique ; reste bien évidemment à mettre en lumière ce dernier.

²¹¹⁰ On ne saurait en effet penser -du moins sur un plan de pure moralité juridique- que l'administration puisse exécuter sciemment et valablement une décision qu'elle sait illégale.

²¹¹¹ Est intéressante à cet égard la solution apportée par le Conseil d'État dans l'arrêt du 30/01/1974, Tissier (p.74) : du moment qu'un permis de construire, nécessaire à la constitution d'un dossier de création d'une officine de pharmacie, est devenu définitif, un requérant ne saurait se prévaloir de l'illégalité de celui-ci pour contester l'arrêté accordant une licence à son bénéficiaire ; l'autorité administrative, en l'absence de reconnaissance de cette illégalité, pouvait valablement donner plein effet à la présence du permis dans le dossier.

SOUS-TITRE II

L'INSTRUMENT DU DEPASSEMENT : L'IDEE D'"ACQUIS"

La réalité contentieuse est venue grandement perturber les conceptions caricaturales initiales. En prononçant une annulation, le juge ne peut se focaliser exclusivement sur le problème de légalité dont on lui demande la résolution, mais doit au contraire tenir compte d'une multitude d'éléments concrets qui s'opposeront tous, dans une certaine mesure, aux effets absolus qu'était censé revêtir le jugement de censure. En sens inverse, les précautions originelles prises en matière d'exception se sont révélées par trop excessives : sans mettre outrageusement en danger les impératifs de stabilité qui s'y manifestent, on a pu affaiblir les principes trop rigides érigés pour veiller à leur respect, et ce dans le souci de servir les exigences de la légalité. En fait, annulation et exception d'illégalité se sont trouvés un dénominateur commun, l'idée d'acquis, que nous nous proposons maintenant d'explicitier. Elle regroupera à la fois les éléments opposant une résistance aux incidences drastiques que prête à l'annulation la doctrine classique, et ceux qui bornent la progression des préoccupations de légalité dans le domaine de l'exception (Chapitre 2). Mais cette fonction ne sera étudiée qu'une fois présenté le concept en cause (Chapitre 1).

CHAPITRE 1. UN CONCEPT GÉNÉRIQUE

Le caractère composite de l'idée d'acquis, attesté par le clivage choisi qui distinguera le "juridiquement acquis" du "matériellement acquis", ne doit pas faire douter de la cohésion qui la cimentera. Assurément, à première vue, les divers éléments qu'elle rassemble sous une unique étiquette n'ont pas grands rapports les uns avec les autres. En réalité, nous tenterons de montrer que leur unique point commun suffit à justifier leur rapprochement au sein d'une même catégorie, dont le mérite est d'éclairer le phénomène du rapprochement entre annulation et exception sous un jour nouveau.

SECTION 1. LE JURIDIQUEMENT ACQUIS

L'emploi du qualificatif "acquis" rappelle inmanquablement à l'administrativiste français la théorie dite des "droits acquis", tant elle est sollicitée pour fixer nombre de règles contentieuses ou non contentieuses. C'est d'ailleurs cette théorie qui va servir de base à nos développements ; mais l'appréhension de l'idée d'acquis juridique nécessitera son dépassement.

Paragraphe 1. Le point de départ : la référence aux "droits acquis"

Ce qui motive la prise en compte de la notion de droits acquis²¹¹² comme base de réflexion, c'est son implantation incontestable dans le droit positif français²¹¹³. Née en jurisprudence où son utilisation ne s'est jamais démentie, elle a connu un succès notable, au point d'être reprise par différents textes réglementaires²¹¹⁴, voire législatifs²¹¹⁵. On pourrait pourtant objecter à notre choix de départ que l'obscurité - unanimement dénoncée par la doctrine²¹¹⁶ - de l'idée de droits acquis rejaillira inmanquablement sur celle d'"acquis" si, d'aventure, cette dernière s'en inspire. Mais nous nous apercevons qu'une constante confère une certaine cohésion à la notion de droit acquis, et qu'elle peut, sous ce jour bien précis, fonder solidement le concept dont nous poursuivons la définition.

²¹¹² Précisons d'emblée que le droit administratif n'a pas le monopole d'emploi de la notion de droits acquis, qu'on retrouve en particulier en droit privé et en droit international. Mais son acception y est quelque peu différente (Cf. notamment l'introduction de la thèse de L. Tallineau, *Les actes particuliers non créateurs de droits*, Thèse Poitiers 1972), et c'est évidemment à la vision administrativiste des droits acquis que nous ferons allusion dans les développements à suivre.

²¹¹³ D'autres systèmes juridiques préféreront une référence aux "droits subjectifs" ou aux "avantages similaires" pour organiser notamment le régime contentieux du retrait d'un acte, notions qui se distinguent conceptuellement de celle de "droits acquis" sur un certain nombre de points. Sur cette question, voir en particulier J.-Y. Vincent, "Le retrait des actes administratifs unilatéraux. Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français", *Revue trimestrielle de Droit européen* 1974, pp.31 s. et plus particulièrement pp.34 à 36.

²¹¹⁴ Voir par exemple l'article 2 du décret du 28 novembre 1983 auquel il a été fait référence en première partie.

²¹¹⁵ Pour s'en tenir à l'exemple le plus significatif, les actes qui "retirent ou abrogent une décision créatrice de droits" constituent l'une des catégories de décisions individuelles défavorables dont l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 impose la motivation.

²¹¹⁶ Voir par exemple, faisant le point sur cette critique générale, J. Carbajo, *op. cit.* pp.173 s..

I - Une notion nébuleuse

Le flou qui entoure la notion de droits acquis peut être imputé tant au juge, qui n'a jamais désiré en préciser les contours, qu'aux divisions de la doctrine sur l'analyse de sa teneur et de sa portée.

A. Le laconisme jurisprudentiel

Force est de constater que le juge administratif ne se montre guère prolix lorsqu'il intègre l'idée de droit acquis dans son raisonnement. Les arrêts concernés ne se sont jamais risqués à en établir une définition ; ils se bornent le plus souvent à affirmer de manière péremptoire que tel ou tel acte constitue ou ne constitue pas une décision créatrice de droits, ou qu'une mesure donnée a engendré des droits acquis au profit d'un administré, sans se soucier le moins du monde d'explicitier les raisons qui ont mené à cette conclusion²¹¹⁷. Ce mutisme trahit, à n'en pas douter, une incapacité à fournir un critère précis de détermination de la notion, incapacité qui s'explique assurément par le caractère éminemment fonctionnel de cette dernière²¹¹⁸. Pour preuve, l'idée de droits acquis a, dans l'histoire du contentieux administratif, permis d'asseoir des politiques jurisprudentielles aux buts très différents : comme le soulignait B. Gény, "moyennant d'indispensables aménagements, elle a contribué tantôt à définir les prérogatives de l'administration, tantôt à faire scrupuleusement respecter les droits et les intérêts des administrés"²¹¹⁹. Dans la première optique, à la fin du XIX^{ème} siècle, son usage avait pour objet de brider l'extension du recours pour excès de pouvoir. Le moyen tiré de la violation de la loi n'était alors, en effet, estimé recevable que si cette irrégularité était aggravée par la lésion d'un droit acquis²¹²⁰. Mais bientôt, le Conseil d'État a entendu accroître son contrôle sur l'action administrative. Aussi n'a-t-il pas hésité à interpréter de manière très libérale l'idée de droits acquis, jusqu'à en découvrir dans des situations qui s'apparentaient nettement à de simples intérêts, dénonçant par la-même, pour la première fois, la plasticité de la catégorie étudiée²¹²¹. Ayant perdu son intérêt initial, la notion devait être utilisée par la jurisprudence ultérieure dans une toute autre perspective. Elle servit désormais à assurer une certaine stabilité au bénéfice des administrés, contre les différentes tentations qui auraient pu pousser l'administration à remettre

²¹¹⁷ La formule la plus dépouillée -à savoir "la décision était créatrice de droits"- semble en effet recueillir les faveurs de la jurisprudence. Cf. par exemple C.E., 23/07/1974, *Ministre de l'Aménagement du Territoire c/ Sieur Thoris*, p.442.

²¹¹⁸ Sur la distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles, voir supra, les développements sur l'inexistence. Rappelons simplement ici que, pour ces dernières, une "irréductible multiplicité logique paraît être (...) un signe infaillible" (G. Vedel, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *La semaine juridique* 1950, art. cit., n°5).

²¹¹⁹ "De la méthode et de la technique du droit privé positif à celle du droit administratif", *Livre jubilaire du Conseil d'État*, 1952, p.287.

Sur l'élaboration historique et les différents emplois de la notion de droits acquis, Cf. notamment l'introduction de la thèse précitée de L. Tallineau.

²¹²⁰ L'arrêt Lefèvre (C.E., 10/11/1887, p.697), cité par Laferrière (*op. cit.*, t.II, p.507) se révèle particulièrement explicite à cet égard : le requérant, candidat malheureux à un concours, se plaignait d'un vice dans le déroulement de celui-ci. Il s'était vu en effet soumettre à trois problèmes à l'écrit, alors que l'article 3 du règlement d'administration publique du 10 mai 1880 ne prévoyait qu'une dictée et un problème. Le Conseil d'État rejette pourtant sa requête au motif que la décision arrêtant les sujets "ne concernait pas directement le requérant et qu'elle n'a lésé aucun droit qui lui fût acquis ; que, par suite, celui-ci n'est pas recevable à en demander l'annulation en se fondant uniquement sur ce qu'elle aurait fait une inexacte application de l'article 3 du règlement d'administration publique du 10/05/1880".

²¹²¹ Cf. notamment la note Hauriou sous C.E., 21/12/1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Sirey* 1907.3, p.33, et la référence faite aux différents arrêts rendus entre 1903 et 1906 assimilant à des droits acquis les droits simplement éventuels à l'avancement que peuvent détenir les fonctionnaires.

en cause les situations créées à leur profit. Mais cette nouvelle "spécialisation" n'a pas altéré le caractère mouvant des droits acquis, instrument dont le juge entend se servir assez librement lorsque sont à concilier des éléments de légalité et d'équité, de pur droit et d'opportunité²¹²².

Fallait-il dès lors essayer d'analyser une notion à ce point ondoyante, et la réduire à des termes de définition forcément grossiers ou restrictifs ? Certains auteurs ne l'ont pas pensé, se résolvant à dresser un inventaire des actes que le juge administratif a, quelquefois au cas par cas, considérés comme créateurs ou non créateurs de droits²¹²³. D'autres se sont, à l'inverse, aventurés sur ce terrain délicat. Les brumes qui continuent à entourer l'objet de leurs recherches témoignent, mieux qu'une critique systématique de celles-ci, de la vanité de l'entreprise.

B. Les désaccords doctrinaux

Vouloir conceptualiser une notion fonctionnelle s'avère aussi peu réalisable que, pour les Danaïdes, remplir leur tonneau. Il n'est dès lors pas étonnant que certains auteurs aient dénoncé le "leurre" que constituait, à leurs yeux, l'expression "droits acquis"²¹²⁴, voire, pour rester dans un registre mythologique, qualifié celle-ci de "véritable Protée juridique de contours insaisissables"²¹²⁵. Cela peut expliquer, en partie tout au moins, les divergences de vues enregistrées aussi bien sur l'acceptation de l'idée de droits acquis à retenir, que sur la portée à lui conférer.

1 - Les discussions sur le sens même de l'expression

Notre propos ne vise pas à entrer dans le détail des innombrables développements qu'a suscités, au cours de ce siècle, la notion de droits acquis. D'autres l'ont fait avant nous²¹²⁶, et le magma qui résulte de l'énumération des diverses conceptions sur la question dissuade quiconque ne voulant pas perdre de vue la réalité du droit positif d'y pénétrer trop profond. En s'en tenant donc à de simples lignes de force, on peut estimer que tout le problème réside ici dans l'amphibologie de l'adjectif "acquis". Nombreux ont été les auteurs qui l'ont interprété à la lettre, comme s'opposant à l'idée de droits innés²¹²⁷. Dès lors qu'on conteste la pertinence de cette dernière, il va de soi qu'on est tout naturellement conduit à nier toute spécificité à la notion

²¹²² "Il y a situation ayant créé des droits quand le juge le déclare. Et il conclut en ce sens quand il estime nécessaire de protéger la stabilité de situation du particulier ..." (F. Batailler, "Les beati possidentes du droit administratif (les actes unilatéraux créateurs de privilèges)", *Revue du droit public* 1965, pp. 1051 s., et plus particulièrement p.1072.

²¹²³ Voir par exemple G. Vlachos, "Le retrait des actes administratifs", *La Revue administrative* 1970, p.412 ; et P. Le Mire, "La stabilité des relations juridiques" *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.207.

C'est là admettre, avec B. Jeanneau, qu'"il n'existe pas de critère qui permette de distinguer les actes créateurs de droits de ceux qui ne le sont pas" (*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, op. cit.*, p.100).

²¹²⁴ L. Trotabas, *Le Droit public dans l'annexion*, 1921, p.152.

²¹²⁵ E. Soto-Kloss, *L'application dans le temps des actes administratifs*, Paris 1968, p.230.

Relevons que le même flou entoure l'emploi de la notion de droits acquis en droit privé. M. Borda l'a ainsi décrite comme "vague, imprécise, contradictoire, illogique" ("Portée et limitation du droit transitoire", in *Mélanges Roubier*, t.I, p.80).

²¹²⁶ Voir notamment R. Muzellec, *op. cit.* pp.167 s.

²¹²⁷ "Les droits naturels sont ceux qui appartiennent originellement et essentiellement à l'homme, qui sont inhérents à sa nature, dont il jouit par cela seul qu'il est un homme ... Les droits acquis sont au contraire ceux dont l'homme ne jouit pas naturellement mais qu'il s'est procuré par son propre fait" (Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, cité par R. Muzellec, *ibid.*, p.185).

de droits acquis : "un droit est ou n'est pas et du moment qu'il est, il est acquis"²¹²⁸. Mais l'épithète en question possède un autre sens qui, quoique dérivé du premier, s'en distingue nettement. La formule choisie par les dictionnaires *Le Robert* s'avère particulièrement éclairante²¹²⁹ : "acquis (à quelqu'un), qui est reconnu comme lui appartenant, dont il peut disposer de façon définitive et sûre". Si l'on s'en tient à cette définition, on met l'accent sur la stabilité de la situation ainsi qualifiée, et non plus sur l'action qui a conduit à sa constitution. L'élément essentiel devient dès lors son inaltérabilité, condensé d'intangibilité -le droit acquis ne peut "être remis en cause en dehors des cas prévus par la loi"²¹³⁰ - et d'inviolabilité - toute mesure qui viole un droit acquis sera censurée par le juge de l'excès de pouvoir²¹³¹. Dans ce caractère réside l'entière spécificité des droits acquis, puisqu'il permet de les distinguer de droits qui, eux, restent sous la menace d'une remise en cause éventuelle (dans la mesure où ils ne sont pas encore, pour une raison ou pour une autre, cristallisés²¹³²). Cette dernière optique doit être à l'évidence retenue ; nous aurons l'occasion de le vérifier au cours des développements qui vont suivre.

2 - Les divisions sur la portée à reconnaître à l'expression

Le trouble qui s'empare du juriste désireux de se pencher sur l'idée de droits acquis provient essentiellement des incertitudes qui entourent son étendue. Ici encore, on relève une divergence fondamentale, compliquée par de nombreux tâtonnements au sein de chaque proposition.

a) Pour certains, le droit acquis par un particulier ne peut signifier rien d'autre que le droit de celui-ci au maintien d'un acte. Cette conception a notamment été soutenue par J.-M. Auby, selon qui seule l'irrévocabilité d'une décision permet de déceler qu'elle a engendré des droits

²¹²⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p.226.

Voir dans le même sens L. Trotabas, *op. cit.*, p.153 : "Quand on parle d'un droit acquis, on entend simplement un droit possédé, ou en définitive un droit tout court. En effet, pour pouvoir exercer un droit, il faut bien le posséder, c'est-à-dire l'avoir acquis ; un droit qui n'a pas été acquis n'est pas un droit. Il en résulte que tous nos droits sont des droits acquis. En stricte analyse, on ne précise rien en qualifiant le terme droit inutilement, et l'expression "droits acquis" prise à la lettre est certainement condamnable".

J. Tallineau (Thèse précitée, introduction) estime pareillement l'adjectif "acquis" superfétatoire.

²¹²⁹ D'autant que l'exemple choisi pour illustrer cette acception n'est autre que : "*ce droit lui est acquis*" !

²¹³⁰ Formule depuis longtemps employée par le Conseil d'État (Cf. par exemple C.E., 1er/03/1933, *Ministre des pensions c/ Vve Rouillec*, p.255).

²¹³¹ Voir par exemple C.E., S., 13/11/1981, *Commune de Houilles*, p.410 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.79, chronique de MM. Tiberghien et Lasserre : le retrait, par un maire, d'un arrêté municipal doit être censuré dès lors qu'il porte atteinte aux droits acquis par le destinataire de la décision.

²¹³² On pense en particulier aux hypothèses dans lesquelles les droits créés par un acte illégal ne sont pas devenus définitifs (voir *supra*, Titre préliminaire, les développements sur la jurisprudence Dame Cachet) ; mais également à celles où la création de droit par un acte est subordonnée à une condition : si celle-ci n'est plus remplie, les droits conditionnels ne bénéficient pas d'une protection telle qu'elle interdirait le retrait de l'acte dont ils procèdent. Voir par exemple C.E., 8/02/1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, p.28 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.293, observation J. Moreau : l'allocation d'une subvention pluriannuelle du conseil général de Corse au Syndicat requérant étant subordonnée à une condition, l'autorité administrative a pu, dès lors que celle-ci n'était plus remplie, procéder à son retrait partiel "sans porter atteinte à des droits précédemment acquis". Plus récemment, voir également C.E., 26/11/1993, *Ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire, Droit administratif* 1993, n°553.

acquis²¹³³. Elle exclut donc leur création par les actes mutables par nature que sont les règlements²¹³⁴. Mais elle interdit au surplus leur conjugaison avec certains actes individuels que le juge qualifie parfois de "précaires et révocables"²¹³⁵. La jurisprudence reconnaît en effet à l'autorité administrative compétente, pour des raisons diverses, la possibilité de revenir à tout moment sur les autorisations de police²¹³⁶ ou d'occupation privative des dépendances du domaine public²¹³⁷, ou sur d'autres mesures totalement discrétionnaires²¹³⁸, et ce même si aucune irrégularité ne les entache. Une partie de la doctrine a cependant contesté l'assimilation, sur le plan de la mutabilité, de ces catégories à l'acte réglementaire, au moins s'agissant des autorisations de police et de voirie. Ainsi M. Auvret assure-t-il que les décisions en cause, lorsqu'elles sont légales, bénéficient d'une "stabilité relative", car "il semble exagéré de dire que de telles situations puissent être remises en cause pour un simple motif d'intérêt général ou pour simple opportunité"²¹³⁹. Ces affirmations émettent un vœu pieux plus qu'elles ne rendent compte de la réalité jurisprudentielle. L'examen des décisions du Conseil d'État dévoile en effet que les raisons invoquées pour fonder l'abrogation desdites autorisations sont le plus souvent

²¹³³ "L'abrogation des actes administratifs", *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, art. cit. p.137 : reprenant une conception de Jellinek, l'auteur estime en effet que "le droit acquis consiste précisément dans le maintien de la situation créée par l'acte et ce maintien ne peut être assuré que si l'acte est irrévocable. (...) C'est l'intangibilité admise par la jurisprudence qui permet de reconnaître l'existence des droits".

²¹³⁴ Voir *supra*, Titre préliminaire. Le principe de mutabilité des règlements semble cependant aujourd'hui souffrir de l'influence du droit communautaire, et de l'idée de "confiance légitime" qui commence à faire son chemin en jurisprudence (Cf. T.A. Strasbourg, 8/12/1994, *Entreprise Freymuth c/ Ministre de l'Environnement*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.555, conclusions J. Pommier ; et M. Heers, "La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?", *Revue française de droit administratif* 1995, p.963). En vertu de celle-ci, tout intéressé peut réclamer réparation du préjudice que lui a causé l'administration en faisant disparaître une réglementation, lorsque celle-ci avait laissé entendre aux administrés que les textes en cause avaient vocation à perdurer. Mais, dans notre perspective, cette avancée jurisprudentielle ne modifie pas grand chose : elle n'intéresse en effet que l'éventuelle réparation du préjudice inhérent à un changement abusif de réglementation, et ne fournit pas à l'administré une arme véritable pour s'opposer juridiquement à un tel changement, voire contraindre l'administration à faire marche arrière.

²¹³⁵ Cf. notamment C.E., 4/02/1983, *Ville de Charleville-Mézières*, p.45. On a même pu évoquer, à l'égard de ces actes, "le principe de l'absence de droits acquis" (J. Moreau, "De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel", *Actualité juridique, Droit administratif* 1965, I., p.15).

²¹³⁶ Voir par exemple, outre la célèbre affaire Blois (17/04/1963, p.233) dans laquelle avait été retiré le permis d'inhumation d'un chien dans un caveau de famille : C.E., 21/05/1982, *Ministre de la Santé c/ Conseil régional Ile-de-France de l'ordre national des pharmaciens*, p.523 (autorisation d'exercice de la pharmacie) ; et 20/01/1989, *Syndicat national des pilotes professionnels d'U.L.M.*, p.449.

Le fondement de cette jurisprudence réside dans la nécessité éprouvée dans ce domaine sensible de ne soumettre l'administration qu'à des contraintes minimales, afin qu'elle puisse adapter très rapidement son action aux circonstances ou aux éléments de fait nouveaux. Les exigences de l'intérêt général et de l'ordre public sont si fortes qu'elles l'emportent sur l'intérêt particulier (Cf. notamment L. Tallineau, op. cit., PP. 313 et 340).

²¹³⁷ Pour ne citer qu'un exemple, C.E., 25/06/1982, *Ville de Saint-Jean-de-Luz*, *Revue du droit public* 1983, p.521 (suppression d'une permission de voirie dans l'intérêt de la circulation).

Cette précarité traduit ici "la préoccupation d'assurer la protection du domaine public et de faire en sorte que l'administration soit toujours en mesure d'en avoir la disposition" (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. II, n°547).

²¹³⁸ Il en va ainsi notamment des nominations à des emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement : Cf. C.E., Ass., 22/12/1989, *Morin*, p.279 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.90, chronique E. Honorat et E. Baptiste (révocation d'un dirigeant de l'établissement public chargé de faciliter l'intégration des harkis avant le terme prévu de ses fonctions) : c'est l'intérêt du service qui explique en général ces révocations, mais le contrôle exercé par le juge sur ce motif ne pourra être que minimum, sauf lorsqu'un texte est venu fixer le statut de l'emploi en cause (Cf. par exemple C.E., Ass., 18/04/1947, *Sieur Jarrigion*, p.148 ; et la jurisprudence Bréart de Boisanger précitée).

²¹³⁹ "La notion de droits acquis en droit administratif français", *Revue du droit public* 1985, pp.53 s., et plus particulièrement p.89.

très largement appréciées²¹⁴⁰, au point que la grande liberté ainsi consentie à l'autorité compétente semble condamner ici l'emploi du terme "stabilité", même relativisé.

b) D'autres auteurs accordent au contraire aux droits acquis une certaine autonomie par rapport aux textes qui les créent. Ils se désintéressent alors du problème de la mutabilité pour polariser leur attention sur la situation juridiquement protégée qui résulte d'un droit acquis²¹⁴¹. Mais, outre des interrogations purement théoriques²¹⁴², cette appréhension de la notion a suscité de multiples divergences sur le point de savoir quel type de situation juridiquement protégée est réellement qualifiable de droits acquis. Les principaux désaccords se regroupent autour des deux questions suivantes :

* Quelle catégorie d'actes est-elle susceptible d'engendrer des droits acquis ?

- Il ne s'agit plus, ici, de mettre l'accent sur le caractère mutable ou intangible de l'acte censé créer des droits. Puisqu'on distingue la situation juridique de la décision qui lui servait de fondement, il n'est plus du tout inconcevable qu'un droit acquis puisse naître d'une mesure dont nul n'a l'assurance du maintien dans l'ordonnement juridique : la situation protégée intéresse alors les effets passés de l'acte, garantis à son bénéficiaire même si l'acte support est à tout moment susceptible de disparaître²¹⁴³. Le débat se déporte donc sur une question nouvelle, celle de savoir si une décision de portée générale et impersonnelle - autrement dit un règlement - est à même d'engendrer des droits acquis²¹⁴⁴. Une part de la doctrine, dont P. Delvolvé, le soutient : "Il faut distinguer le droit aux effets de l'acte et le droit au maintien de l'acte. Le règlement crée

²¹⁴⁰ C'est en particulier le cas pour les permissions de voirie : alors même que seul l'intérêt général est censé pouvoir justifier leur abrogation, il a été démontré que le juge se satisfaisait parfois d'un simple intérêt financier de l'administration pour fonder pareille mesure (Cf. notamment C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Thèse Paris I, 1978, pp.352 s.).

²¹⁴¹ Cf. notamment P. Auvret, *art. cit.* p.79 : "le droit acquis apparaît comme le droit au maintien de la situation acquise et non comme le droit au maintien de l'acte".

Dans le même sens, R. Muzellec insiste sur "le maintien de la situation et non celui de son contenu" (*op. cit.*, p.194).

²¹⁴² Une partie de la doctrine s'est en effet demandé quelle était la nature exacte de cette "situation juridiquement protégée", (terme employé notamment par M. Waline, "Le retrait des actes administratifs", in *Mélanges Mestre*, 1956, p.563 (voir p.569)), et surtout s'il fallait l'assimiler à un droit subjectif. Même si ce point n'est pas fondamental dans notre optique, on peut citer l'opinion de M. Vlachos sur cette question : "les droits acquis ne sont pas de véritables droits subjectifs, et par conséquent, ne peuvent jouer le rôle de ceux-ci, car ce qui caractérise le droit subjectif, c'est qu'il est approprié par le titulaire de ce droit qui peut en disposer par voie de transfert à une autre personne, ou même par voie de renonciation. Une pareille disposition est en principe impossible en droit administratif" (*art. cit.*, p.414).

Pour plus de précisions sur ce délicat problème, voir R. Muzellec, *op. cit.* pp.190/191.

²¹⁴³ Ainsi en va-t-il par exemple, en matière d'actes assortis de conditions, comme en témoigne l'affaire Syndicat intercommunal de la Marana précitée : le Conseil d'État a considéré que l'attribution de subventions en annuité permettant l'allègement des charges d'emprunt contractées par le syndicat requérant pour la réalisation de travaux d'adduction d'eau était implicitement subordonnée au fait que lesdites charges restent au moins égales - une fois déduites les recettes provenant des versements, par les usagers, des taxes d'abonnement - au montant de la subvention annuelle prévue. Cette condition n'étant plus remplie à partir de 1972, il a avalisé le retrait partiel, pour la période ultérieure, des subventions prévues. Mais il serait impensable de demander remboursement de celles qui ont été versées entre 1960 et 1971, dans la mesure où la condition était alors remplie. Il faut donc considérer que le syndicat possède un droit acquis, pour le passé, aux sommes qu'il a perçues du conseil général.

Pour ce qui est des autorisations de police ou d'occupation du domaine, on peut également penser que "les avantages de toute nature" (selon l'expression consacrée en jurisprudence) dont ont pu bénéficier leurs titulaires lorsqu'ils en étaient détenteurs, sont acquis à ces derniers le jour où l'administration abroge leur titre.

²¹⁴⁴ Pour la clarté des développements à suivre, nous raisonnerons à partir des seuls règlements ; mais tout ce qui va être relevé à leur propos s'avère parallèlement valable pour d'autres normes impersonnelles, et en particulier pour les décisions d'espèce dont il a déjà été question ; nous le soulignerons à l'occasion.

des droits pendant toute la période où il est applicable ; ils sont maintenus après son abrogation"²¹⁴⁵. Cette conception n'emporte cependant pas, loin s'en faut, une adhésion unanime. Confortés par l'absence d'une véritable consécration au contentieux de la thèse qui vient d'être évoquée, d'autres auteurs prétendent au contraire que "l'acte individuel seul crée des droits"²¹⁴⁶. Il manque en effet, selon eux, à la norme réglementaire la capacité de produire ce qu'ils nomment le "fait acquisitif", qui caractérise en dernière analyse le droit acquis : "le droit acquis est celui qui a été individualisé, qui a été attribué personnellement à un individu ..." ²¹⁴⁷, effet qui ne saurait par définition résulter d'une norme impersonnelle, mais seulement de décisions individuelles ou collectives²¹⁴⁸. Une formule résume à elle seule cette différence fondamentale : "l'acte réglementaire est un acte de vocation alors que l'acte individuel est un acte de droit"²¹⁴⁹. Le premier, s'il peut parfaitement fixer les conditions d'acquisition d'un droit par un administré, se révèle en effet incapable de parvenir à cette fin sans le relais d'une mesure d'application individuelle.

- Notre préférence va nettement à cette deuxième conception. D'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'État semble également la privilégier puisqu'elle vérifie, avant de permettre le retrait d'un règlement, que celui-ci n'a pas "reçu un commencement d'exécution (...) de nature à conférer des droits acquis aux intéressés"²¹⁵⁰, et qu'elle souligne à l'inverse son "application effective" lorsqu'elle entend s'opposer à la disparition rétroactive d'un tel acte²¹⁵¹. Dans le même esprit, alors que les agents publics ne jouissent, par principe, d'aucun droit acquis au maintien des règles statutaires qui régissent la fonction²¹⁵², le Conseil d'État s'oppose à ce que l'abrogation de celles-ci remettent en cause un avantage régulièrement consenti, par l'entremise d'une mesure individuelle, sous l'empire du règlement ancien²¹⁵³. Une norme impersonnelle ne

²¹⁴⁵ "Acte administratif", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n°588.

Le même auteur, en collaboration avec G. Vedel, affirme que "des règlements peuvent créer des droits pour le passé (par exemple droit d'un fonctionnaire à des indemnités prévues par un règlement)". Nous reviendrons sur ce problème précis en fin de paragraphe.

Pour un récapitulatif des différentes prises de position en ce sens, Cf. P. Le Mire, *art. cit.*, p.204, note 12.

²¹⁴⁶ J.-M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, *op. cit.*, p.126.

Dans le même sens, voir notamment P. Auvret, *art. cit.*, p.70 : "on ne peut dissocier le droit acquis de l'acte individuel".

²¹⁴⁷ J.-M. Rainaud, *op. cit.*, p.129.

²¹⁴⁸ Cf., par exemple, P. Auvret, *art. cit.* p.69.

²¹⁴⁹ J.-M. Rainaud, *op. cit.*, p.123.

Cette idée de "vocation" est particulièrement intéressante dans la mesure où elle a été reçue en jurisprudence, le Conseil d'État la distinguant nettement de celle de droits acquis. Lorsque les requérants -en général des fonctionnaires qui sollicitent un avancement-, bien que remplissant les conditions nécessaires et suffisantes pour obtenir la mesure qu'ils désiraient, ne possèdent qu'une vocation et non un droit à celle-ci, un changement de réglementation peut parfaitement empêcher sa concrétisation. Cf. notamment C.E., 9/11/1956, Piedinelli, p.429 ; et 19/03/1965 Jean-Louis, Sévère et Caraman ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1965, p.478, n° 159 ; et p.469, chronique MM. Puybasset et Puissochet ; *Dalloz* 1966, p.162, conclusions J.-M. Galabert.

²¹⁵⁰ C.E., Ass., 21/10/1966, Société Graciet et Cie, p.560 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.274, conclusions Baudouin.

Et du moment qu'il n'y a pas eu d'application susceptible d'engendrer des droits acquis au profit d'administrés, le retrait rétroactif d'un règlement même légal est possible (Cf. C.E., 12/12/1953, Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille, p.545).

²¹⁵¹ Voir notamment C.E., 15/04/1988, Société civile Le Tahiti, p.140 ; *Les petites affiches*, 9 décembre 1988, p.8, note P.-L. Frier (arrêt précité), s'agissant d'un P.O.S. sur le fondement duquel avaient été délivrées des autorisations individuelles.

²¹⁵² Jurisprudence constante depuis l'arrêt Blanchet du 17/03/1911 (p.333) ; pour un exemple récent, voir C.E., 15/02/1991, Goujat, req. n°72769.

²¹⁵³ C.E., 3/10/1969, Jeannot, *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.247 (la mesure individuelle était en l'espèce une promotion).

saurait donc, par elle-même, créer des droits, ce que confirme encore la jurisprudence relative aux décisions d'espèce²¹⁵⁴. Mais l'application susceptible de créer des droits suppose-t-elle nécessairement l'édition d'une mesure individuelle ? La question se pose relativement au droit au traitement de l'agent public, qui en bénéficie dès lors qu'il a accompli sa tâche²¹⁵⁵. De nombreux travaux ont pris prétexte de cet exemple pour conclure au pouvoir créateur de droits de quelques règlements²¹⁵⁶. En fait, il semble plutôt que ce droit découle directement de la règle du service fait, qui constitue l'une des garanties fondamentales des fonctionnaires²¹⁵⁷. C'est donc ici un acte matériel - l'exécution du service - qui concrétise le droit que le règlement portait en germe²¹⁵⁸.

* Qui sont les bénéficiaires potentiels de droits acquis ?

La controverse porte ici sur l'aptitude d'un acte administratif à faire acquérir des droits à des individus qu'il ne vise pas directement. La jurisprudence l'a admis à propos notamment des actes comportant des effets négatifs pour leur destinataire : si les décisions de rejet ou refus constituent, par principe, des mesures non créatrices de droits²¹⁵⁹, on estime que certaines

²¹⁵⁴ Ainsi par exemple, une D.U.P. ne constitue pas un acte créateur de droits, ni à l'égard de ses bénéficiaires (C.E., Ass., 10/05/1968, Commune de Brovès, p.297, conclusions A. Dutheillet de Lamothe ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1968, p.455, chronique J. Massot et J.-L. Dewost ; *Revue du droit public* 1968, p.1079, note M. Waline), ni à l'égard des tiers (C.E., Ass., 22/02/1974, Adam, p.145 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.197, chronique M. Franc et M. Boyon ; *Dalloz* 1974, p.430, note J.-P. Gilli ; *Revue du droit public* 1974, p.1780, note M. Waline ; et 1975, p.486, conclusions M. Gentot). Elle peut dès lors à tout moment être retirée, même pour des raisons d'opportunité (Cf. notamment C.E., Ass., 29/04/1994, Association Unimate 65 et autres, arrêt précité (solution implicite)). Cette solution ne vaut bien évidemment qu'à la condition que l'opération en vue de laquelle a été prise la D.U.P. n'ait pas encore été menée à son terme. Dans le cas contraire, des mesures individuelles d'expropriation auront été édictées, et il sera impossible pour l'administration, une fois celles-ci devenues définitives, de revenir sur la D.U.P. qui les justifie, les collectivités expropriantes bénéficiant alors de droits acquis.

²¹⁵⁵ Voir notamment C.E., S., 17/05/1968, Lanson, p.318 ; *Revue du droit public* 1969, p.305, note M. Waline.

²¹⁵⁶ Cf. en particulier J.-M. Auby, "L'incompétence rationae temporis. Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps", *Revue du droit public* 1953, p.5 : "Le règlement peut donner naissance à des droits acquis : ces droits permettront à leurs titulaires de continuer à être soumis à ce règlement même si un règlement nouveau intervient" ; et J.-C. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, L.G.D.J. 1968, p.449 : "une situation créée par voie générale peut dans certains cas être protégée par la théorie des droits acquis et rester régie par la réglementation qui lui a donné naissance".

²¹⁵⁷ C.E., Ass., 11/07/1984, Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique, p.258 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.627, conclusions D. Labetoulle.

²¹⁵⁸ On peut effectuer un rapprochement avec le deuxième exemple généralement avancé pour prouver la capacité des règlements à créer des droits : le droit du contribuable à la dette exigible (Cf. notamment J.-M. Auby, *art. cit.* p.36). Ici encore, c'est le fait générateur de l'impôt qui va matérialiser, à la date où il se produit, l'application de la réglementation fiscale ; le fait qu'on ne puisse plus modifier le montant de la somme due découle alors simplement du principe général de non rétroactivité.

²¹⁵⁹ Cf. avis du Conseil d'État du 9/03/1948, *La Revue administrative* 1954, p.384. Sont, en vertu de ce principe (dont le fondement réside dans l'idée que la décision négative ne modifie pas l'ordonnancement juridique antérieur) insusceptibles de créer des droits :

- différentes décisions de refus -tels ceux de délivrer un de permis de construire (C.E., 12/01/1962, Canton, p.23 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1962, p.234, conclusions M. Combarous), d'autoriser l'ouverture d'une pharmacie (C.E., 9/11/1983, Ministre de la Santé c/ Mmes Rakover, Casalta, Bernadelli, p.845), l'extension d'une grande surface (C.E., S., 25/02/1983, Union de commerçants de Parthenay, p.80 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1983, p.330, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue), la création de lits supplémentaires dans un centre hospitalier (C.E., 23/11/1990, Fondation du Centre hospitalier des courses, *Revue du droit public* 1991, p.1748) etc.

- ainsi que des décisions de rejet (voir par exemple, pour le rejet d'une demande d'autorisation d'ouvrir un commerce, C.E. S., 27/06/1947, Société Duchet, p.283).

d'entre elles peuvent en générer au bénéfice de tiers qui en tirent avantage²¹⁶⁰. Cette solution, d'abord consacrée dans le contentieux de la fonction publique où nombre de mesures défavorables à l'agent qu'elles visent peuvent avoir de fructueuses répercussions sur les membres du corps intéressé²¹⁶¹, s'est progressivement étendue à d'autres secteurs, en particulier celui des refus d'autorisation de licenciement, analysés comme générateurs de droits à l'égard des salariés concernés²¹⁶². Le Conseil d'État ne semble cependant reconnaître de tels droits que lorsque les tiers qui bénéficient des retombées indirectes de la décision négative sont "suffisamment peu nombreux et individualisables pour se prévaloir d'un véritable intérêt au maintien de l'acte"²¹⁶³. En dépit de cette claire reconnaissance jurisprudentielle de la possibilité, pour un acte administratif, d'engendrer des droits acquis au profit d'individus qui n'en constituent pas les destinataires naturels²¹⁶⁴, celle-ci a été énergiquement contestée par M. Auvret : ayant analysé le droit acquis comme un lien direct entre l'administration et le bénéficiaire de la situation juridique ainsi qualifiée, il lui paraît "contraire à l'esprit de toute la théorie d'employer l'expression à propos des tiers"²¹⁶⁵. Butant cependant devant l'incontournable réalité jurisprudentielle, il explique les "prétendus droits acquis des tiers" par l'idée que certains actes dont ils sont issus, en particulier les refus de licenciements, seraient en fait des actes collectifs concernant aussi directement l'employeur que les salariés²¹⁶⁶. Mais une telle analyse est difficilement transposable en matière de fonction publique, où les actes estimés créateurs de droits pour les tiers -on pense surtout aux refus de réintégration ou de titularisation-

²¹⁶⁰ Il en va de même pour certaines décisions de retrait d'une mesure qui était favorable à son destinataire. Ainsi, à l'instar d'un refus de nomination, le retrait d'une nomination crée des droits à l'égard du cadre correspondant (C.E., 5/01/1955, Association des fonctionnaires du ministère de l'Intérieur, p.636).

²¹⁶¹ Ainsi les fonctionnaires inscrits sur une liste d'avancement bénéficient-ils d'un accroissement de leur chances de promotion du fait de l'élimination de l'un des leurs en raison d'un refus de titularisation (C.E., S., 12/06/1959, Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce, p.360 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1960, II, p.62, conclusions H. Mayras), de réintégration dans le corps (C.E., S., 14/02/1955, Rodde, précité) ou d'inscription sur ladite liste (C.E., 29/04/1959, Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-mer, p.273).

²¹⁶² La solution vaut aussi bien pour les refus d'autoriser un licenciement pour motif économique (T.A. Paris, 7/06/1977, Syndicat général du livre, Pattier, Betaille et Lhabitant c/ Ministre du Travail, *Droit social* 1977, p.461, note F. Moderne ; et C.E., 5/02/1982, Cahen, p.60) que pour ceux opposés par un inspecteur du travail aux licenciements de salariés protégés (C.E., 19/02/1979, Sieur Depienne, p.145 ; et C.E., 6/07/1990, Ministre du Travail c/ Mattéi, p.205 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.230, note N. Belloubet-Frier).

²¹⁶³ P. Le Mire, *art. cit.*, p.207 (reprenant les conclusions précitées de M. Mayras). Pour cet auteur, par exemple, "le refus d'ouverture d'un fonds de commerce ne saurait créer des droits au profit des tiers, trop nombreux à être éventuellement concernés" (*ibid*, note 48).

Pour une illustration jurisprudentielle de cette idée en matière de refus de permis de construire, voir en particulier C.E., 23/06/1982, Gerbier, *Dalloz, I.R.*, 1983, p.29.

La jurisprudence ne semble pourtant guère appliquer ce critère avec une grande rigueur. La remarque en a été faite à propos du contentieux de la fonction publique (Cf. note S.S. sous C.E., 7/02/1973, N. Guyen Van Nang, *Actualité juridique, Droit administratif* 1975, p.248), mais elle vaut également pour d'autres solutions ponctuelles étrangères à cette matière : ainsi, une décision récente du Tribunal administratif de Châlons-sur-Marne (1er/02/1994, Société réparation wagons foudres de Touraine, *Droit administratif* 1994, n°271) a considéré qu'un arrêté préfectoral mettant une société de réparation de Wagons en demeure de présenter une demande d'autorisation pour des activités de nettoyage de citernes ferroviaires créait des droits au profit des tiers "dont la santé et la sécurité se trouvent ainsi davantage sauvegardées". Le moins qu'on puisse dire ici, est que l'éventail des bénéficiaires indirects de la décision s'avère particulièrement large !

²¹⁶⁴ Reconnaissance confortée par la référence qu'y fait l'article 2 du décret du 28 novembre 1983 (voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II).

²¹⁶⁵ *Art. cit.*, p.70 ; et encore, p.71 : "les avantages que les tiers peuvent percevoir indirectement d'une décision individuelle ne peuvent être qualifiés de droits acquis".

²¹⁶⁶ *Ibid.*, p.78 ; "il faut alors reconnaître que les effets positifs pour les uns paralysent les effets négatifs à l'égard des autres et que le droit acquis, nécessairement positif, l'emporte sur le désavantage".

revêtent incontestablement une portée individuelle sinon exclusive, du moins fortement dominante, qui interdit en tout état de cause leur assimilation aux actes collectifs ; il semble en conséquence difficile de lui accorder grand crédit.

La somme des désaccords doctrinaux vaut constat d'échec pour les tentatives de systématisation de la notion de droits acquis. Nous l'avons dit, la raison de cet insuccès est à rechercher dans le caractère éminemment fonctionnel de celle-ci. Faut-il pour autant prôner sa mise à l'index, comme l'ont fait certains ²¹⁶⁷? Qu'il nous soit permis d'en douter. Ce n'est pas parce qu'une notion se révèle protéiforme et irréductible à une définition rigide qu'elle doit être systématiquement déconsidérée ; du moment qu'un élément continue à lui conférer une unité minimum, elle peut receler un caractère parfaitement opératoire ²¹⁶⁸. Reste à montrer ce qui constitue la composante fédératrice de l'idée de droits acquis.

II - Un rôle essentiel : la résistance aux exigences de la légalité

Les droits acquis se rangent au nombre des notions qui, selon l'heureuse formule de G. Vedel, "procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité" ²¹⁶⁹. C'est en effet dans le rôle que leur fait jouer le juge administratif, à savoir la fixation de certaines situations qui pourraient se trouver inopportunément remises en cause, que l'on trouvera leur élément unificateur.

A. La fonction fondamentalement stabilisatrice de la notion de droits acquis

Le commissaire du gouvernement Rivet, dans ses conclusions sur l'arrêt qui devait consacrer la fonction "moderne" de la notion de droits acquis, insistait sur la "garantie (...) donnée aux particuliers du caractère irrévocable des droits nés des décisions des autorités compétentes" ²¹⁷⁰. Le caractère définitif des droits acquis paraît en effet constituer le point essentiel de la théorie, et certains auteurs l'ont bien compris, qui privilégient à l'étude de la création d'un droit celle de la fixation d'une situation en faveur d'un administré ²¹⁷¹. Cette stabilisation se manifeste de deux manières.

1 - L'impossibilité de retirer une décision ayant engendré des droits acquis pour le passé

a) La jurisprudence du Conseil d'État s'est toujours montrée très ferme sur ce point, estimant qu'"en principe les actes qui ont créé des droits ne peuvent être rapportés" ²¹⁷² y compris par le

²¹⁶⁷ Cf. par exemple G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit. p.613, n°630.

²¹⁶⁸ M. Latournerie l'a excellemment relevé à propos de la notion de service public : "Une homogénéité au moins relative est de l'essence des notions. Mais faut-il la pousser jusqu'à l'identité absolue ? Une telle exigence ne s'impose pas ; elle paraît même contraire à celle d'une saine pratique. Et cette notion peut, sans démeriter, s'en tenir à l'approximation pourvu que les similitudes qu'elle exprime ne descendent pas au-dessous du niveau réhibitoire" ("De la notion de service public", *Etudes et documents du Conseil d'État* 1960, p. 95).

²¹⁶⁹ *La semaine juridique* 1950.I.851, art. cit. n°5.

²¹⁷⁰ Conclusions précitées, sur l'arrêt Dame Cachet, *Revue du droit public* 1922 p.552.

²¹⁷¹ Voir en particulier J.-M. Rainaud, op. cit. pp.131 s.

²¹⁷² C.E., 19/11/1926, Monzat, p.1002.

supérieur hiérarchique de l'autorité qui les a édictés²¹⁷³. Cette prohibition intéresse en fait deux types de situations qui ont été judiciairement dissociés par M. Fournier²¹⁷⁴, puis précisés par M. Auvret²¹⁷⁵:

- Elle vaut en premier lieu pour les "opérations uniques", c'est-à-dire celles qui découlent d'un acte administratif dit "instantané", car épuisant ses effets dès son édicition. Ainsi, dans l'arrêt *Dame Cachet*, la requérante, ayant obtenu de l'administration une indemnité qui constituait un droit acquis à son profit, ne pouvait en être rétroactivement privée²¹⁷⁶.

- Elle couvre ensuite toutes les "situations continues" qui, à l'inverse des précédentes, se prolongent dans le temps : dès lors que celles-ci ont engendré des droits acquis pour le passé, on ne saurait en envisager le report *ab initio*. Peu importe ici que l'acte qui se trouve à la base d'une telle situation revête ou non un caractère précaire et révocable, une autorisation de police ou d'occupation du domaine public pouvant parfaitement être préservée du retrait pour ce motif²¹⁷⁷ tout comme peut l'être une mesure individuelle réputée créatrice de droits, telle la nomination d'un fonctionnaire ou l'allocation d'une pension.

b) Il paraît toutefois difficile d'éluider la question cruciale qu'une part de la doctrine a depuis longtemps soulevée : les solutions précédemment évoquées ne pourraient-elles pas tout bonnement s'expliquer par le jeu du principe de non rétroactivité des actes administratifs, la référence aux droits acquis devenant, en ce cas, totalement superflue²¹⁷⁸ ? Une réponse négative s'impose. Dans de nombreuses hypothèses où fait défaut l'existence de droits acquis, le juge tolère un report *ab initio* d'une décision administrative sans que puisse s'y opposer le principe général avancé. On pense évidemment, même si d'autres illustrations peuvent être trouvées dans des domaines totalement différents²¹⁷⁹, aux retraits des sanctions qui, dans le cadre de la fonction publique, s'étaient soldées par une privation de poste, retraits admis par principe sur sollicitation

²¹⁷³ C.E., 21/01/1948, Lalanne, p.28 ; et 6/05/1953, Dame Dantel, p.205.

Voir également J.-C. Groshens, "Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés", *Actualité juridique, Droit administratif* 1966, I, p.148 ; et J. Rivero, "Remarques à propos du pouvoir hiérarchique", *ibid.*, p.154.

²¹⁷⁴ Conclusions sur C.E., 9/03/1967, Société Behr-Mannig et Abrasifs Norton, *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.528.

²¹⁷⁵ *Art. cit.*, p.79 s. Nous n'adopterons toutefois pas exactement la typologie dégagée par cet auteur, qui, entre les opérations uniques et les situations continues, distingue une troisième hypothèse : "les opérations uniques qui donnent naissance à une situation continue". Cette précision ne se révèle en effet d'aucune utilité dans l'optique de notre démonstration.

²¹⁷⁶ Jurisprudence précitée.

²¹⁷⁷ Voir notamment en ce sens MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *op. cit.*, n°42.

De même, le titulaire d'un emploi à la discrétion du gouvernement, s'il ne jouit d'aucune sûreté pour l'avenir, bénéficiera d'un droit acquis à percevoir les avantages inhérents aux services qu'il aura effectués tant qu'il était en fonction.

²¹⁷⁸ Telle est en particulier l'opinion de J. Carbajo, (*op. cit.* pp.173 s.) qui, reprenant certaines suggestions antérieures, propose qu'on remplace purement et simplement la référence aux droits acquis par le jeu du principe de non rétroactivité.

²¹⁷⁹ En particulier dans le domaine de l'expropriation : la D.U.P. ne créant aucun droit acquis (que ce soit au profit des propriétaires dont les biens sont visés par le projet d'expropriation ou à l'égard des collectivités expropriantes), son retrait est toujours possible, même pour des raisons d'opportunité, y compris lorsque le délai de recours contentieux direct à son encontre est écoulé (C.E., Ass., 29/04/1994, Association Unimate 65 et autres, jurisprudence précitée).

de l'intéressé dès lors qu'ils ne portent pas atteinte aux droits des tiers²¹⁸⁰. De même, lorsqu'un texte institue un recours hiérarchique obligatoire, l'acte édicté par l'autorité subordonnée est insusceptible de créer des droits tant que le supérieur ne s'est pas prononcé sur son compte, et pourra parfaitement de ce fait être retiré par ce dernier, même pour des motifs d'opportunité²¹⁸¹. Une dernière solution prouverait, si le besoin s'en faisait encore sentir, l'insuffisance du principe de non rétroactivité à expliquer la prohibition du retrait des décisions ayant généré des droits acquis : le Conseil d'État admet la disparition rétroactive d'une mesure qui avait vocation à créer des droits au profit de son destinataire lorsque celui-ci a explicitement renoncé à leur concrétisation²¹⁸². Ce qui sans conteste commande l'irrévocabilité d'un acte se situe donc, par-delà le principe qui trouve sa source dans le célèbre arrêt *Société du journal l'Aurore*²¹⁸³, dans la notion étudiée. Mais la fonction des droits acquis ne s'arrête pas là.

2 - La difficulté à abroger une décision ayant engendré un droit acquis au bénéfice d'une situation continue

Une abrogation ne se conçoit, par hypothèse, qu'à l'égard d'actes dont les effets s'étirent dans le temps ; en d'autres termes, seules les situations continues se prêtent à une pareille disparition. La décision qui réalise une opération unique ne peut en effet, en raison de son instantanéité, faire l'objet que d'un retrait, faute de quoi elle demeurera éternellement acquise à son bénéficiaire²¹⁸⁴. C'est donc seulement dans ce dernier cadre que l'on peut parler d'"intangibilité" au sens strict. Au contraire, puisque rien ne saurait assurer la stabilité perpétuelle des situations continues, l'intangibilité qui est réputée s'attacher à quelques-unes d'entre elles est à interpréter dans un sens relatif : du fait même de leur durée, elles s'exposent naturellement à l'inévitable mutabilité des règles de droit, et risquent, tôt ou tard, de s'éteindre. Il ne faudrait pas croire pour autant que la notion de droits acquis ne trouve plus ici sa place, dans la mesure où celle-ci est à même de garantir une certaine stabilité pour l'avenir. Lorsqu'un administré ne dispose d'aucun droit acquis au maintien d'une situation dont il est titulaire -ce qui est en particulier le cas, on le sait, en ce qui concerne les autorisations de police ou d'occupation du domaine public- l'administration détient un pouvoir d'abrogation quasi discrétionnaire, puisque l'individu n'a rien à opposer à l'intérêt général qu'elle ne manquera pas

²¹⁸⁰ Ce principe vaut aussi bien pour le retrait de sanctions légales (C.E., 28/02/1908, Franco, p.187 ; *Revue du droit public* 1908, p.249, note G. Jèze ; 9/01/1953, Desfour, p.5 ; 20/06/1988, Commune de Sèvres, *Droit administratif* 1988, n°405) qu'illégales, quand bien même celles-ci revêtiraient un caractère définitif (C.E., 1er/06/1959, Boillet, p.333 : retrait d'une sanction d'épuration avalisé au motif que cette mesure favorable à l'intéressé (qui bénéficiait, de ce fait, d'une reconstitution de carrière) n'allait pas à l'encontre des intérêts des tiers ; voir également C.E., 25/02/1963, Deangeli, p.121).

²¹⁸¹ C'est le cas, en particulier, s'agissant des décisions préfectorales prises sur demandes d'autorisation, de création ou d'extension des établissements de santé : avant toute contestation juridictionnelle les visant, un recours hiérarchique doit être intenté auprès du ministre de la santé. Ce dernier doit être dès lors considéré comme seul compétent pour arrêter la position définitive de l'administration et peut, à ce titre, retirer la décision initiale (C.E., S., 1er/02/1980, Clinique Ambroise Paré, p.62 ; *Revue de droit sanitaire et social* 1980, p.359, conclusions A. Bacquet ; *La semaine juridique* 1980, n°19445, note J. Barthélémy et C. de Chaisemartin ; et S., 5/03/1982, Clinique de l'Aigle, *Revue de droit sanitaire et social* 1982, p.630, conclusions A. Bacquet).

²¹⁸² Cf. C.E., 19/11/1954, Casanova, p.725 ; C.E., 25/03/1960, Augé, p.220 ; *Revue du droit public* 1960, p.850. Voir également C.E., S., 24/02/1967, de Maistre, p.91 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1967, p.343, note G. Peiser ; *La semaine juridique* 1967, n°15068, conclusions J. Rigaud (refus de nomination dans l'ordre de la Légion d'honneur).

²¹⁸³ Jurisprudence précitée.

²¹⁸⁴ Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'attribution d'une décoration.

de mettre en avant. Il en va différemment lorsque l'intéressé peut faire valoir qu'il tient d'un acte administratif un droit acquis pour l'avenir : l'autorité compétente se voit ici contrainte de respecter la procédure de l'acte contraire si elle souhaite, malgré tout, faire disparaître cette mesure²¹⁸⁵, procédure qui canalise totalement le pouvoir abrogatif puisque celui-ci n'est susceptible de s'exercer que dans les cas, conditions et procédures prévus par les lois et les règlements²¹⁸⁶.

Le rôle fondamentalement stabilisateur de la notion de droits acquis se vérifie donc tant par la garantie des effets qu'a pu produire un acte administratif que par la protection d'une situation juridique pour l'avenir. Son intercession met l'administré qui en bénéficie à l'abri des tentations que pourrait manifester l'administration, pour des raisons d'opportunité ou - et ceci est essentiel dans notre optique - de légalité, de revenir sur l'avantage qu'elle lui a accordé.

B. Une fonction capitale en matière de sanctions d'actes illégaux

La notion de droits acquis possède une vocation générale de stabilisation des situations créées au profit des administrés, que celles-ci procèdent d'un acte régulier ou irrégulier. Mais c'est de son emploi dans cette dernière hypothèse qu'elle tire l'essentiel de son originalité, voire sa réelle justification. Sa réapparition sous sa forme actuelle dans l'arrêt *Dame Cachet*, visait en effet à interdire à l'administration de rapporter un acte dont l'illégalité aurait pu légitimer, sans son entremise, la disparition rétroactive. M. Auvret en convient : "la théorie des droits acquis a été forgée pour expliquer comment un acte irrégulier peut, le délai du recours contentieux passé, faire acquérir des droits et comment ceux-ci peuvent être maintenus nonobstant l'illégalité"²¹⁸⁷. Il s'agissait avant tout d'éviter que, prenant prétexte du vice qui entache la décision qui les génère, l'administration conserve éternellement la possibilité de priver un administré des avantages qu'il a un jour obtenus. L'étude du principe d'intangibilité des actes non réglementaires nous a déjà fourni l'occasion de décomposer le mécanisme choisi à cet effet²¹⁸⁸ : depuis l'arrêt *Cachet*, l'administration ne saurait retirer une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive sans commettre une illégalité, lesdits droits étant estimés acquis à l'expiration du délai d'excès de pouvoir²¹⁸⁹. Examinons à présent un peu plus en profondeur cette faculté de résistance aux exigences de la légalité :

²¹⁸⁵ Il convient toutefois de signaler une hypothèse intermédiaire, celle des actes conditionnels (voir l'arrêt Syndicat intercommunal de la Marana précité) : tant que la condition est remplie, ces décisions ne peuvent être facilement remises en cause par l'administration, car leur bénéficiaire est habilité à se prévaloir d'un droit à leur maintien ; mais que ladite condition vienne à ne plus être satisfaite et l'acte s'exposera à une disparition (ou à un aménagement) automatique, sans qu'aucun droit à sa conservation intégrale ne puisse désormais s'interposer (Cf. par exemple C.E., S., 30/03/1979, Secrétaire d'État aux Universités et Université de Bordeaux II, p.141 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, n°10, p.18, chronique Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *Dalloz* 1981, p.51, note B. Foucher : réduction du montant d'une dotation annuelle en crédits de vacation et d'heures complémentaires accordée à l'Université en cause sur le vu de son programme d'activité, à raison du fait que ledit programme n'avait pu être totalement mis en œuvre à cause d'une grève. Cet aménagement est estimé valable, dans la mesure où le droit de l'Université à conserver sa dotation était subordonné à cette mise en œuvre).

²¹⁸⁶ Sur cette procédure de l'acte contraire, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II, les développements sur l'abrogation obligatoire.

²¹⁸⁷ *Art. cit.* p.63.

²¹⁸⁸ Voir *supra*, Titre préliminaire.

²¹⁸⁹ Cf. par exemple, au sein d'une jurisprudence très abondante, C.E., 6/07/1938, Préfet de la Charente, p.624 ; C.E., S., 11/07/1958, Loubier-Detaille, p.431.

1 - Quelques auteurs ont parfois fait remarquer l'"autonomie" que semblent manifester les actes individuels eu égard au pouvoir administratif : avec ce type de mesures, nous nous situerions "dans une autre sphère juridique : il s'agit d'actes qui se sont détachés de l'acte-règle, qui ont leur vie juridique propre"²¹⁹⁰. Nul doute que de telles remarques s'inspirent de l'imperméabilité de la décision individuelle ayant conféré des droits acquis à la censure contentieuse de l'acte réglementaire qui leur servait de base²¹⁹¹. Mais on ne saurait se satisfaire de l'analyse évoquée, même épaulée par la notion de droits acquis. Un acte individuel - eût-il engendré des droits - ne s'affranchit jamais pleinement des textes qui l'ont fondé, sauf peut-être dans l'hypothèse, exceptionnelle en pratique, où son objet consistait en la réalisation d'une opération unique²¹⁹². L'exemple consacré de la nomination d'un fonctionnaire nous prouve l'illusion d'une telle autonomie : son titulaire tient de celle-ci, on le sait, la garantie d'une certaine stabilité de sa situation vis-à-vis de l'administration qui l'emploie ; mais il y aurait abus de langage à parler d'indépendance de la nomination par rapport à la réglementation qui l'a autorisée puisque, dans les cas prévus par cette dernière - à savoir essentiellement à titre de sanction ou du fait de l'atteinte de la limite d'âge -, l'autorité administrative sera en mesure d'y mettre fin.

2 - Cette idée d'autonomie, si elle ne peut être prise à la lettre, suscite pourtant un écho chez quiconque étudie la notion de droits acquis. Mais ni la terminologie choisie, ni le rapport à la règle de droit n'apparaissent judicieux. Ce n'est pas tant d'indépendance que d'immunité qu'il s'agit ici, une immunité quant à l'illégalité qui affecte la décision ayant engendré des droits acquis. Le juge administratif part d'un simple syllogisme : la sanction de ladite illégalité aurait inmanquablement des conséquences négatives sur la situation qu'il entend protéger ; aussi préfère-t-il préserver à coup sûr cette dernière en neutralisant toutes les armes d'assainissement de l'ordonnement juridique qui auraient pu être employées à l'encontre de la décision individuelle ayant engendré des droits acquis. Du moment qu'il estime être en présence d'une pareille mesure, il interdira à donc l'administration d'user des moyens de sanction des irrégularités dont elle dispose -retrait, abrogation inconditionnée de l'acte vicié-, tout comme il s'abstiendra d'employer les siens -annulation, voire, dans une moindre mesure, déclaration d'illégalité. Le droit acquis ne saurait bien évidemment, par on ne sait quelle alchimie, métamorphoser une décision illégale en acte régulier. Il possède cependant la faculté remarquable d'assurer à la mesure qui lui sert de fondement un traitement invariable, qu'elle soit ou non conforme aux sources de la légalité. Peu importe l'éventuelle irrégularité de l'acte qui a généré des droits acquis, voire l'attestation ultérieure de son illégalité (notamment par l'annulation du règlement qui lui servait de base) : une fois entérinés les droits qu'un administré tient d'une opération unique, celle-ci présentera en toute hypothèse un caractère "définitif, immuable et figé"²¹⁹³ ; après constatation d'un droit acquis à une situation continue, le seul moyen de l'interrompre sera d'édicter un acte contraire, avec toutes les sujétions que cela suppose.

En dépit du flou qui entoure la notion de droits acquis, on pourra donc retenir, en fin de compte, sa capacité à neutraliser l'illégalité des actes qui en génèrent. L'analyse se déporte donc de la situation protégée vers la garantie de son support. Mais plus que la protection de l'acte lui-même, c'est celle de la norme qu'il porte en lui qui va, dès lors, nous intéresser.

²¹⁹⁰ P. Duez et G. Debeyre, *Traité de Droit administratif*, Dalloz, 1952, p.212, n°325.

²¹⁹¹ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

²¹⁹² Dans la mesure où, comme on le sait, il sera ici considéré comme éternellement acquis au profit de son bénéficiaire.

²¹⁹³ Selon l'expression de J.-M. Rainaud, *op. cit.* p.121.

Paragraphe 2. Le rattachement des droits acquis à la catégorie des "normes acquises"

La notion de "norme acquise" que nous allons tenter de définir ici recouvre une multiplicité de situations, au point qu'on pourrait douter de la pertinence de les réunir sous une unique étiquette. Pourtant, tout comme pour la théorie des droits acquis dont elle s'inspire, la constante qui en relie les divers éléments autorise pareil regroupement ; et ce dernier, loin d'être gratuit, facilitera très certainement la compréhension de la dynamique qui anime la matière.

I - Ce que l'on entendra par "norme acquise"

A. Une acception large de l'idée de "norme"

1 - Les développements à suivre ne nourrissent bien évidemment pas l'ambition de poursuivre *in abstracto* l'idée de norme juridique, et ceux qui en rechercheraient la substance sont invités à se référer aux ouvrages s'y étant essayés²¹⁹⁴. Nous nous proposons plutôt de confectionner -sans trahir, si possible, les concepts fondamentaux- une définition adaptée aux raisonnements à tenir dans ce chapitre. Il faudra ainsi comprendre tout simplement par *norme* la proposition que contient un acte juridique, la prescription dont ce dernier est le support²¹⁹⁵; en d'autres termes, ce que la doctrine classique dénommait le *negotium* de l'acte administratif, par opposition à l'*instrumentum* que constitue "l'enveloppe extérieure dans laquelle cette mesure apparaît sur la scène juridique"²¹⁹⁶. Insistons sur cette dernière distinction : les normes dont nous serons amenés à parler ne se confondent pas avec l'instrument de leur prononcé, à savoir l'acte juridique. Celui-ci permet la modification de l'ordonnement juridique qu'opère, seule, la norme qu'ils portent en eux. L'idée de norme ne devra pas plus être assimilée "avec le résultat de son application. Dans le vocabulaire du Droit, la norme n'est ni une situation juridique, ni un droit subjectif ; elle forge l'un et l'autre"²¹⁹⁷.

2 - Le substantif "norme" tel que nous allons l'entendre recoupe toutes les hypothèses dans lesquelles, pour reprendre Eisenmann, un acte est à même de "modifier les éléments de l'ordre juridique", c'est-à-dire de "créer ou abolir des rapports d'obligation-droit"²¹⁹⁸. On s'autorisera de la sorte à en identifier une dès lors qu'intervient une mesure destinée à imposer une conduite aux administrés ou à l'administration elle-même, voire aux deux simultanément. Cette définition, indéniablement souple, intéresse au premier chef les décisions unilatérales que l'administration a le pouvoir d'édicter, que celles-ci présentent ou non un caractère

²¹⁹⁴ On renverra essentiellement à la thèse de D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.* pp.39 et s., et aux nombreuses et complètes références qu'elle recèle.

²¹⁹⁵ Cette définition ne se réclame certes pas d'une stricte orthodoxie, dans la mesure où la norme est traditionnellement plus volontiers analysée comme la "signification" de cette proposition (Cf. notamment Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Dalloz 1962, p.7).

²¹⁹⁶ P. Weil, *op. cit.*, p.38.

A noter qu'Eisenmann avait lui aussi établi une corrélation entre norme et *negotium* de l'acte juridique. Cf. notamment P. Amselek, "L'acte juridique à travers la pensée de C. Eisenmann", in *La pensée de C. Eisenmann* (Colloque de Strasbourg), Economica 1986, p.31.

²¹⁹⁷ D. de Béchillon, *op. cit.* p.42.

²¹⁹⁸ *Cours de droit administratif*, L.G.D.J. 1982-1983, t. II, p.372.

réglementaire²¹⁹⁹. Elle englobe en outre des actes dont le caractère normateur n'est pas unanimement reconnu : ainsi en va-t-il notamment des actes juridictionnels, dont certains sont, à l'évidence, générateurs d'une véritable obligation juridique²²⁰⁰; les contrats que conclut l'administration s'y plieront, eux aussi, parfaitement²²⁰¹.

B. Une vocation plus générale que celle des droits acquis

Même si elle s'inspire nettement de la théorie des droits acquis, l'idée de norme acquise s'en distingue de par son champ d'application beaucoup plus étendu.

1 - Emprunt à la théorie des droits acquis

Comme nous l'avons précédemment signalé, le rôle principal de la notion de droits acquis repose dans sa faculté d'empêcher la remise en cause, pour des motifs de légalité, des situations qu'elle couvre. Partant du truisme selon lequel la chute de l'acte qui en génère risquerait de leur nuire, le juge préfère désamorcer que sanctionner l'irrégularité de celui-ci. Mais il est clair que l'acte ainsi sauvé revêt une importance secondaire à ses yeux ; ce qui lui importe par-dessus tout, c'est de préserver la situation juridique à la concrétisation de laquelle il a œuvré. De cette propriété de neutralisation d'une illégalité s'inspirera l'idée de "normes acquises" : seront considérées comme telles celles qui ne sauraient pâtir, pour une raison ou pour une autre, du vice - supposé ou avéré - de l'acte juridique qui les porte. Non seulement cette illégalité ne s'opposera pas à l'intégration de la norme en cause dans l'ordre juridique²²⁰², mais, de surcroît, elle ne sera d'aucune incidence sur son avenir : son éventuel maintien ou effacement se décidera dans les mêmes conditions que si aucune irrégularité n'était à déplorer.

2 - Absorption de la théorie des droits acquis

a) Possibilité d'une absorption

L'idée de norme acquise détient-elle la faculté d'englober totalement celle de droits acquis ? On pressent l'objection théorique qui ne manquerait pas d'être soulevée à l'encontre

²¹⁹⁹ Cf. en particulier I. Poirot Delpech (*art. cit.* pp. 481/482), qui a, à juste titre, critiqué les auteurs limitant la catégorie des actes normatifs à celles des actes réglementaires : "la différence qui existe entre l'acte réglementaire et l'acte individuel se situe non dans l'existence ou non de création de normes, mais dans le caractère même de celles-ci, normes générales et abstraites pour le premier, normes individuelles et concrètes pour le second".

²²⁰⁰ Voir notamment D. de Béchillon, "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Revue du droit public* 1994, *art. cit.* : "Ainsi l'obligation de respecter la chose jugée possède exactement la même nature que celle de n'importe quelle autre norme. (...) Les sujets de Droit, et tout particulièrement l'administration, sont obligés à la bonne exécution des sentences, même s'ils doivent pour ce faire abroger et/ou édicter d'autres normes".

²²⁰¹ Sur ce dernier point, voir en particulier D. de Béchillon, "Le contrat comme norme dans le droit public positif", *Revue française de droit administratif* 1992, *art. cit.* p.16 : "Avec l'école de Vienne, le contrat devient un "acte juridique" comme les autres, une technique d'élaboration du droit. De la sorte, il édicte une proposition normative : telle chose doit ou ne doit pas être, tel ou tel événement doit ou ne doit pas survenir. (...) Ainsi entendue en tous cas, la notion d'une norme conventionnelle n'effraie plus personne".

²²⁰² Ce qui, selon la terminologie de M. Virally, postule leur "validité" puisque "les normes qui font effectivement partie d'un ordre juridique valable sont elles-mêmes valables" ("Notes sur la validité du Droit et son fondement", in *Mélanges Eisenmann*, p.463).

d'une réponse affirmative : la théorie des droits acquis vise essentiellement à sauvegarder des situations juridiques ; or, nous savons que ces dernières se distinguent conceptuellement de la norme dont elles procèdent. Mais cette nuance ne porte pas, et cela pour deux raisons :

- tout d'abord parce que l'idée de norme n'est jamais absente lorsqu'il s'agit de déterminer si tel acte a pu, ou non, générer des droits, comme en témoigne en particulier la jurisprudence relative aux décisions récognitives²²⁰³. Pour le juge administratif, ces dernières sont, contrairement aux actes dits attributifs, insusceptibles de faire naître un droit acquis au profit de leur bénéficiaire. Ainsi en va-t-il en premier lieu des décisions dont l'objet exclusif est de constater une situation de fait, telle la délimitation du domaine public naturel - qui consiste simplement à prendre objectivement acte d'une réalité matérielle, telle qu'elle résulte des phénomènes naturels²²⁰⁴ - ou le relevé des notes obtenues à un examen²²⁰⁵. Sont également comptées au nombre des mesures récognitives celles qui se bornent à "tirer les conséquences d'une situation juridique qu'elles n'ont pas créée"²²⁰⁶, comme un grand nombre de décisions pécuniaires au travers desquelles l'administration ne fait que constater l'existence ou l'étendue d'un droit préexistant²²⁰⁷. L'incapacité à créer des droits qui frappe ces différents actes - incapacité qui implique qu'en cas d'erreur, l'administration pourra toujours, nonobstant l'expiration des délais contentieux, les retirer *ab initio*²²⁰⁸ - provient de ce qu'ils ne portent en eux aucune norme. Cette carence est évidente s'agissant des décisions de constatation d'une situation de fait, puisque celles-ci ne sauraient, par leur propre vertu, modifier l'ordonnancement juridique²²⁰⁹. Elle se révèle moins flagrante pour ce qui est de la seconde catégorie d'actes évoquée, et notamment pour les décisions estimées "purement pécuniaires" : en effet, si la jurisprudence initiale réservait ce qualificatif à celles d'entre elles qui liquidaient une créance dont l'origine leur était antérieure²²¹⁰, le caractère récognitif a depuis été reconnu à des actes qui font, eux-mêmes, naître une créance²²¹¹. On ne saurait cependant, sans abus de langage, considérer ces derniers

²²⁰³ On aurait parfaitement pu s'appuyer sur d'autres domaines pour illustrer cette corrélation. C'est en effet elle qui explique également la différence de traitement entre décision de refus et décision de retrait, comme le remarquait le commissaire du gouvernement D. Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt Epoux Poissonnier (C.E., 4/05/1984, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.511) : "il est tout à fait compréhensible qu'une décision de refus ne crée pas de droits, car elle ne modifie pas l'ordonnancement juridique antérieur. Le retrait, au contraire, opère une novation (...). C'est là une différence importante, car les situations juridiques auxquelles la théorie des actes créateurs de droits tend à attacher une stabilité juridique sont normalement la conséquence d'une novation. De ce point de vue, on perçoit qu'il y aurait quelque artifice à assimiler refus et retrait et l'on pressent que le retrait a vocation à être tenu pour créateur de droits". Ce pressentiment est d'ailleurs corroboré par la jurisprudence (voir par exemple C.E., S., 21/11/1947, Dlle Ingrand, p.430 ; C.E., S., 18/12/1953, Welter, p.564 ; et C.E., 24/01/1962, Chiesa, p.53 : le retrait d'une mesure défavorable à son destinataire crée des droits à son profit ; voir également, pour une création de droits au bénéfice de tiers, l'arrêt Association des fonctionnaires du ministère de l'Intérieur précité).

²²⁰⁴ Cf. notamment C.E., S., 6/02/1976, S.C.I. Villa Miramar, p.88, *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.201, chronique M. Boyon et M. Nauwelaers.

²²⁰⁵ C.E., 11/05/1987, Dlle Ollier, *Droit administratif* 1987, n°342.

²²⁰⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, p.869.

²²⁰⁷ Ces décisions sont dites alors "purement pécuniaires" ; voir notamment, pour une décision conférant un indice de traitement à un fonctionnaire, C.E., S., 26/10/1962, Guillon, p.567 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.19 ; pour une mesure accordant des indemnités représentatives de logement de fonction, C.E., 30/10/1987, Epoux Clergeau, p.530 ; *Dalloz* 1988, p.471, note L. Richer

²²⁰⁸ Cf. par exemple C.E., S., 15/10/1976, Sieur Buissière, p.419, conclusions D. Labetoulle ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.557, chronique M. Nauwelaers et L. Fabius ; et, plus récemment, C.E., 10/05/1995, Ministre de l'équipement c/ Abbal, req. n°137820.

²²⁰⁹ La délimitation du domaine public naturel, par exemple, ne vise pas à créer un régime favorable pour l'administration ou les particuliers, mais simplement à préciser les limites géographiques dans lesquelles les règles de la domanialité publique peuvent s'appliquer.

²²¹⁰ C.E., 11/03/1927, Dame Lehoux, p.322

²²¹¹ Voir notamment, les arrêts Guillon et Buissière précités.

comme normatifs : le juge administratif vérifie en effet, avant de leur dénier tout caractère attributif, que l'autorité compétente ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation quant à leur édicition, qu'elle s'est contentée de constater le droit que détenait l'administré concerné au versement d'une somme prédéterminée²²¹². Il faut en conséquence estimer que ces actes sont, eux aussi, dépourvus de norme ; ils se bornent à en appliquer mécaniquement une qui leur préexiste.

- eu égard ensuite à la destinée commune de la norme et de son produit. Prenons l'exemple d'une validation législative : l'intervention parlementaire recherche simplement, elle aussi, la préservation de situations juridiques données ; il n'empêche que cette garantie passe toujours par l'inactivation d'une illégalité qui aurait pu avoir des incidences sur leur norme "matrice". Le juge opère systématiquement de la même façon lorsqu'il prétend protéger un droit acquis : il s'oppose, en rendant sans portée l'irrégularité qui l'entache, à la fragilisation de son support.

Intégrer l'idée de droits acquis à une catégorie plus vaste qui regroupe toutes les normes préservées des retombées d'une illégalité se révèle dès lors parfaitement envisageable ; encore faut-il la justifier.

b) Justification d'une absorption

L'approche objective du sujet opérée en première Partie nous a permis de constater que le phénomène de neutralisation d'une illégalité dans un but de sauvegarde de l'acte vicié se retrouve dans un assez grand nombre d'hypothèses. Cela se vérifie de façon particulièrement flagrante dans le domaine des effets de l'annulation : pour ne prendre que quelques exemples au hasard, on peut renvoyer aux développements sur l'annulation partielle, les interventions législatives ou l'emploi des techniques de détachabilité et de dissociation. Dans tous les cas, la soustraction d'un acte juridique irrégulier à la censure du juge de l'excès de pouvoir vise à sauver une norme par delà l'enveloppe juridique dans laquelle elle s'est développée ; mais on ne saurait solliciter à leur égard la théorie des droits acquis sans risquer sa dénaturation. Celle-ci ne concerne en effet, comme on le sait, que la protection d'intérêts particuliers, individualisés par un acte non réglementaire unilatéral. Or, dans l'idée de norme acquise, voisineront avec ce type de situation des constructions qui s'en sépareront clairement, soit à raison des catégories d'actes sollicitées - à côté des décisions individuelles, nous trouverons parfois des mesures réglementaires, contractuelles²²¹³, voire des actes juridictionnels -, soit en considération du

²²¹² Effectivement, dès lors qu'il est établi que l'administration disposait d'un minimum de pouvoir d'appréciation quant à l'octroi de la somme d'argent ou à la fixation de son montant, la décision est en général considérée attributive et peut, en conséquence, créer des droits. C'est le cas par exemple pour une subvention dont l'octroi était laissé au libre arbitre de l'autorité compétente (C.E., 25/07/1986, Société Les Fils d'Auguste Peureux, *Revue française de droit administratif* 1987, p.455, conclusions O. Fouquet), ou la remise gracieuse d'une dette (C.E., 23/03/1956, Teulières, p.140, conclusions P. Landron). Mais il faut signaler que la jurisprudence n'est pas toujours aussi claire que son exposé schématique (Cf. sur ce point les conclusions précitées de D. Labetoulle sur l'arrêt Buisnière, le commissaire du gouvernement critiquant par ailleurs le critère retenu, fondé sur la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée, et proposant -en vain- de revenir à la solution consacrée par l'arrêt Dame Lehoux).

²²¹³ Encore pourrait-on ici se demander s'il n'existe pas de "droits contractuellement acquis", comme l'estimait la doctrine classique (Cf. Laferrière, *op. cit.* p.441, qui parle de "décisions ou de contrats qui ont créé des droits"). Mais il est communément admis aujourd'hui que l'emploi de l'expression à l'égard des actes contractuels est impropre, comme le souligne notamment P. Auvret : "Issu d'un acte individuel (...) le droit acquis est un droit ou un privilège acquis à l'encontre de l'administration ou sous sa protection. (...) Les effets de l'acte individuel se rapprochent de ceux d'un contrat qui fait loi entre les parties et entre elles seules, bien que le fondement de l'acte

bénéficiaire du désamorçage de l'illégalité effectué - qui ne sera autre, bien souvent, que l'administration elle-même. On s'aperçoit ainsi que la notion dans laquelle nous nous proposons d'inclure l'idée de droits acquis rassemble des éléments pour le moins hétérogènes.

II - Une catégorie extrêmement composite

A. La triple manifestation de la disparité des normes acquises

Il a déjà été fait allusion à la diversité des éléments qui trouvent à s'intégrer dans la notion que nous prétendons dégager. Afin de se représenter l'ampleur exacte de cette hétérogénéité, on se placera successivement à trois niveaux d'analyse :

1 - Rappelons brièvement, dans un premier temps, que les normes acquises peuvent émaner d'actes de nature très différente. La recherche d'un critère de détermination de celles-ci basé sur le caractère de leur acte-support s'avérerait nettement plus périlleuse que celle, déjà délicate, de l'identification des décisions créatrices de droits. Dans ce dernier cas, en effet, bien que la doctrine ait souligné l'impossibilité de dégager un critère général²²¹⁴, on admet communément que les mesures individuelles revêtent, par principe, pareil caractère²²¹⁵. Aucune règle ne peut au contraire s'avancer en ce qui concerne les normes acquises. Elles pourront provenir d'actes réglementaires ou non réglementaires, unilatéraux ou multilatéraux, administratifs ou juridictionnels ; mais il serait plus qu'hasardeux de sélectionner l'une de ces catégories pour la présenter comme terreau privilégié de la notion qui nous préoccupe.

2 - Le deuxième facteur de diversité intéresse le moment auquel intervient la neutralisation de l'illégalité. Nous constaterons en effet que l'inactivation du vice qui entache - ou pourrait entacher - l'acte porteur d'une norme acquise est susceptible de se produire à trois stades distincts : en amont du contentieux qu'aurait pu engendrer cette irrégularité, au moment de la résolution du litige - lorsque celui-ci a pu se développer -, ou en aval de sa solution.

a) Dans le premier cas de figure, la préoccupation de stabilisation de la norme se traduit par l'interdiction de mettre en avant l'illégalité de l'acte qui lui sert de fondement. Référence est évidemment faite au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs qui s'oppose à la mise en cause incidente de leur légalité, mais également, outre les jurisprudences traditionnelles relatives aux actes de gouvernement et aux mesures d'ordre intérieur qui n'intéressent pas directement notre sujet, à l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat.

b) L'inhibition d'une illégalité ne passe cependant pas forcément par une irrecevabilité de principe. L'étude du procédé de l'annulation partielle nous a par exemple montré en quoi le jeu de la règle de *non ultra petita* était susceptible de préserver de la disparition tout ou partie d'un

soit profondément différent. Dans un cas il repose, en principe, sur un accord de volonté alors que dans l'autre, il s'agit d'un acte unilatéral" (*art. cit.* p.70).

²²¹⁴ Sur ce point, voir notamment P. Auvret, *art. cit.* pp.62/63.

²²¹⁵ Cf en particulier R. Muzellec, *op. cit.* pp.112 et s. ; et O. Dupeyroux, *op. cit.* n°224, p.254.

acte irrégulier. Procède de la même dynamique la règle selon laquelle l'acte reconnu vicié par voie d'exception est censé se maintenir dans l'ordonnement juridique.

c) Enfin, une illégalité constatée par le juge n'entraîne pas toujours la chute des différentes normes qui devraient, dans l'absolu, en pâtir. La plupart des situations rencontrées en première Partie, tant pour l'annulation que pour la déclaration de l'illégalité par voie d'exception, correspondent à cette hypothèse, et le prochain chapitre nous fournira l'occasion d'y revenir longuement.

3 - L'immense majorité des normes acquises, nous le verrons, résistent à l'illégalité car le législateur ou le juge le désirent. Ces deux autorités détiennent en effet, à leur niveau respectif, par désamorçage ou modulation du contrôle de droit commun, le pouvoir de conforter un acte qu'un vice semblait devoir fragiliser²²¹⁶. Mais, et ce sera le dernier paramètre entraînant l'hétérogénéité de la catégorie, la sauvegarde de certaines normes peut exceptionnellement revêtir un caractère non plus délibéré mais accidentel, résultant du jeu naturel de principes procéduraux. Il en va en particulier de la sorte lorsque la règle du *non ultra petita* interdit au juge, saisi de conclusions tendant à l'annulation partielle d'un acte irrégulier, de censurer une partie pourtant illégale de celui-ci, voire s'oppose à la moindre amputation de la décision viciée²²¹⁷.

B. Une hétérogénéité assumée

Il ne faudrait pas inférer de la multiplicité des éléments qui composent la catégorie des normes acquises que celle-ci manque cruellement de cohésion, et ne constitue en conséquence qu'un conglomérat artificiel, sinon gratuit, de situations conceptuellement distinctes. Ce serait se méprendre sur sa véritable ambition. Nous avons affaire ici à une notion dont la seule vocation²²¹⁸ consiste justement à réunir, sous un terme générique, les situations dans lesquelles une illégalité virtuelle ou patente n'a aucune incidence sur une norme qui devrait *a priori* en souffrir. Un tel regroupement facilitera l'émanation des constantes et la comparaison critique des diverses hypothèses étudiées ; cette vertu tant descriptive qu'analytique, quoiqu'apparemment limitée au cadre de nos travaux, suffit à justifier la construction proposée. C'est elle qui, semblablement, fondera la notion de "fait acquis".

²²¹⁶ L'administration peut, elle aussi, jouer un certain rôle. Cf. *infra*, Chapitre 2.

²²¹⁷ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²²¹⁸ Elle n'entend pas en effet servir telle quelle d'instrument applicable en droit positif, comme peuvent notamment en fournir la théorie des droits acquis en contentieux administratif, ou l'idée d'objectif à valeur constitutionnelle dans celui de contrôle de la loi. Sur cette dernière notion, voir notamment B. Faure, "Les objectifs de valeur constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel* 1995, n°21.

SECTION 2. LE MATERIELLEMENT ACQUIS

La vocation générique du concept d'acquis se confirme par l'intégration en son sein, au côté de la notion de norme acquise, de l'idée de "fait acquis"²²¹⁹ qui s'en démarque profondément, tout en rejoignant les aboutissants, à savoir une résistance certaine à l'illégalité.

Paragraphe 1. Un fait révolu constitue par définition un "fait acquis" pour le passé

I - L'indéfectibilité naturelle des faits accomplis

"Nul ne pourra jamais faire que ce qui a été fait ne l'ait pas été". Cette sentence de P. Weil²²²⁰ résume en quelques mots la première signification du "fait acquis". Le caractère "sûr et définitif" qui s'attache à la définition de l'adjectif "acquis"²²²¹ provient ici de l'accomplissement tangible du fait considéré. Contrairement au monde imaginé par George Orwell dans lequel l'administration détient le pouvoir de gommer l'histoire et de la reforcer à sa guise, le contentieux administratif est obligé de tenir compte de la réalité passée ; la rétroactivité qui s'attache fictivement à certaines décisions de justice ne saurait l'en dispenser. Ainsi, l'annulation d'un arrêté de fixation des dates d'autorisation de la chasse pour une année achevée²²²² ne peut rien contre le fait que du gibier ait été tué durant la période prévue à cet effet, pas plus que celle d'un internement administratif illégal n'a d'influence sur la privation de liberté effective dont a souffert l'intéressé. De même, en censurant la nomination d'un agent public, le juge administratif n'efface pas les heures que le fonctionnaire en cause a, dans l'intervalle compris entre son entrée en fonctions et le prononcé du jugement, passées derrière son bureau²²²³. Si le fait se révèle ici matériellement acquis, c'est que telle est la loi de la chronologie.

²²¹⁹ Sur la distinction entre acte juridique et fait juridique, on peut renvoyer à l'analyse d'Hauriou (citée par G. Darcy, "La décision exécutoire, esquisse méthodologique", *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.671) selon laquelle "l'acte juridique ne demeure un acte que pendant la période de temps où il est exécutoire et devient un fait juridique lorsqu'il est exécuté ou tout au moins lorsqu'un commencement d'exécution l'a séparé de son auteur" (Introduction à l'étude du droit administratif français, *Revue générale administrative*, 1902, p.III).

²²²⁰ *Op. cit.* p.144.

²²²¹ Cf. la définition du Robert reproduite au paragraphe précédent.

²²²² Cette situation ubuesque n'est pourtant pas qu'une hypothèse d'école : Cf. C.E., 22/06/1990, Rassemblement des opposants à la chasse, arrêt précité : annulation en 1990 d'un arrêté préfectoral de 1987 qui fixait, pour la Gironde, la fin de la période de chasse annuelle au 20 novembre 1987 !

²²²³ Pour d'autres exemples de telles situations, voir P. Weil, *op. cit.* p.144.

II - Une propriété inhérente aux seuls faits

Il convient, avant de pousser plus loin le raisonnement, de dissiper un fréquent malentendu, provenant d'un amalgame peu heureux entre deux réalités distinctes, à l'origine duquel se trouve une réflexion de G. Jèze : "il est impossible d'affirmer qu'est non avenue la blessure occasionnée par un coup de couteau reçu par un individu ; il n'est pas d'avantage possible d'affirmer qu'est non avenue l'effet juridique qu'a pu produire un acte juridique"²²²⁴. Le rapprochement ainsi effectué manque sa cible : ce qui est réellement ineffaçable, c'est le fait (ce qu'attestera à jamais la cicatrice du blessé) ; le juridique, quant à lui, peut toujours être d'une façon ou d'une autre rétroactivement gommé. Bien des auteurs se sont pourtant engouffrés dans le sillage de Jèze, en particulier ceux qui ont contesté la vertu d'une annulation d'autorisation de licenciement de travailleurs protégés : "la rétroactivité de la nullité ne saurait suffire à faire revivre un contrat de travail qui a cessé de s'exécuter après des mois ou des années. La rétroactivité des nullités est une fiction qui est impuissante à modifier les faits (...) et il paraît impossible de revenir sur la situation que le licenciement a créée"²²²⁵. C'est là faire bien peu de cas du parallèle qui s'imposait avec la jurisprudence administrative relative aux réintégrations de fonctionnaires - pourtant matériellement évincés - accompagnées de reconstitution de carrière : le Conseil d'État ne prétend pas réfuter le fait que l'agent n'a pas, durant une certaine période, exercé ses fonctions, car ce serait nier l'évidence ; il lui importe simplement de faire en sorte que cette privation irrégulière d'emploi ne génère la moindre conséquence juridique néfaste à son détriment, et la fiction de la rétroactivité lui en donne le pouvoir²²²⁶. Le même fâcheux amalgame se dévoile dans l'article de M. Auvret sur la notion de droits acquis : pour lui, il serait impensable de revenir juridiquement *ab initio* sur une situation continue telle que l'autorisation d'utilisation d'un appareil médical, parce que les installations en cause ont effectivement fonctionné²²²⁷. Cette vision procède également de la confusion qui applique aux situations juridiques les données valables à l'égard des seules situations de fait : rien n'interdit, dans l'absolu, de décider après coup qu'une autorisation donnée n'a jamais été licite -ce qui pourrait par exemple donner lieu à reversement des sommes que son bénéficiaire a perçues du fait de sa mise à profit. Nous adhérons en conséquence totalement au point de vue de M. Aliprantis, lorsqu'il déclare que "les situations juridiques n'ont rien d'irréversible. Elles se superposent, s'ajoutent à la réalité naturelle de manière artificielle, pour ainsi dire. C'est pourquoi elles sont destructibles à tout moment. La preuve en est qu'il suffit pour cela d'un mot du législateur ou du juge (...)"²²²⁸.

²²²⁴ "Du retrait des actes juridiques", *Revue du droit public* 1913, art. cit. p.227.

²²²⁵ J. Savatier, note sous C.Cass., Soc., 1er/07/1964 (arrêt Felbacq), *Droit social* 1965, p.62. Voir dans le même sens H. Groutel : "la fiction de la rétroactivité se heurte à une situation de fait sur laquelle il est difficile de revenir, à savoir l'éviction du représentant de l'entreprise" (note sous C. Cass., Soc., 13/10/1971, *La semaine juridique* 1972, II, n°17087).

²²²⁶ Voir en ce sens les pertinentes remarques de formulées par N. Aliprantis, qui s'insurge contre ce qu'il nomme le "naturalisme juridique" dont s'inspiraient les analyses de MM Savatier et Groutel : "cette situation de fait - l'éviction du salarié protégé- a existé et aucun jugement de tribunal ne peut faire qu'elle n'ait pas existé. Mais (...) personne ne demande au juge le reversement de cette situation de fait. Le salarié ne demande pas au juge de reconnaître qu'il n'a pas été évincé, que le contrat de travail a été exécuté ! Il demande des salaires" ("L'annulation de l'autorisation de licenciement et ses effets civils à l'égard des travailleurs protégés", *Droit social* 1976, pp.338 s. et plus particulièrement pp.344/345).

²²²⁷ Art. cit. pp. 86/87.

²²²⁸ Art. cit., p. 344.

Paragraphe 2. Un fait révolu peut constituer un "fait acquis" pour l'avenir

Nous considérons maintenant non plus ce qui a pu se produire, mais simplement les incidences de cette réalité matérielle. Un exemple aidera à la compréhension de la nuance : un immeuble a été édifié sur la base d'un permis de construire illégal. Le fait révolu réside en l'occurrence dans la construction de celui-ci, dans l'empilage des parpaings par l'entreprise qui en était chargée ; ses répercussions ultérieures se résument à la présence de l'immeuble dans le paysage. Or, cette matérialité ne constituera un "fait acquis" pour l'avenir qu'à la condition qu'on ne revienne pas dessus -en d'autres termes, ici, qu'on ne procède pas à la destruction de cet ouvrage dans le but de reconstituer l'état des choses antérieur à la délivrance de l'autorisation irrégulière. Cela étant précisé, nous allons pouvoir constater qu'il existe deux types de "faits acquis" pour l'avenir.

I - Indélébilité objective

A. Il est des situations de fait irréversibles, car matériellement consommées. Imaginons qu'un permis de démolir un monument historique ait autorisé la destruction de ce dernier avant que le juge n'en prononce l'annulation : aucune *restitutio in integrum* n'est ici envisageable car, comme le soulignait fort malicieusement Hauriou à propos d'une affaire dans laquelle un tel cas de figure avait failli se produire, "on ne refait pas un monument historique"²²²⁹. Inversement, l'exécution d'une annulation d'un refus de permis de construire qui reconnaissait le droit du requérant à sa délivrance peut parfaitement se heurter à des modifications matérielles -telle la réalisation, sur le terrain considéré, d'un lac de plaisance- rendant le projet désormais irréalisable²²³⁰.

B. Le juge fait quelquefois mine d'ignorer cette vérité basique, et n'hésite pas à prononcer l'annulation d'un acte qui a permis la réalisation d'une opération irrémédiable²²³¹. Il ne s'agit plus dès lors que de procurer une satisfaction purement morale aux requérants, une proclamation de la légalité *in abstracto* "dans un pur souci d'esthétique" : "on n'insistera jamais assez sur le caractère illusoire de l'annulation d'un acte qui a été exécuté depuis longtemps et qui a produit des conséquences souvent impossibles à effacer. L'annulation est un leurre lorsqu'elle ne peut plus aboutir à supprimer rétroactivement l'acte et toutes ses conséquences"²²³².

²²²⁹ Note sous C.E., 7/03 et 26/12/1913, Abbé Lhuillier, *Sirey* 1914, 3, p.17.

²²³⁰ J.-P. Gilli voit dans cette hypothèse le seul cas s'opposant irrémédiablement à l'octroi du permis de construire au bénéfice de celui qui en avait été illégalement privé ("Le refus illégal de permis de construire : quelle sanction ?", *Dalloz* 1991, *art. cit.* p.118).

²²³¹ Cf. par ex C.E., 26/02/1947, Raybaud, p.79 : annulation d'un arrêté préfectoral qui, de nombreuses années auparavant, avait ordonné la démolition d'un ouvrage édifié sur le domaine public.

²²³² P. Weil, *op. cit.* pp.9/10.

J. Rivero développe la même idée en des termes plus imagés : "proclamer le droit alors qu'il ne peut plus être rétabli dans les faits, c'est l'exposer aux mêmes ironies que les carabiniers d'Offenbach : il n'y gagne rien" ("Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges Dabin*, t. II, p.826).

II - Indélébilité intentionnelle

Comme en ce qui concerne les normes acquises, un fait pourra parfois être acquis pour l'avenir grâce non plus à son indestructibilité intrinsèque, mais à une volonté extérieure refusant de lui faire subir le contrecoup, pourtant matériellement concevable, de l'illégalité de l'acte qui en a permis la réalisation. Ainsi en va-t-il en particulier, nous le savons, de nombreuses constructions qui, consécutivement à l'annulation de l'autorisation d'urbanisme leur ayant servi de fondement, échapperont à la démolition²²³³. Le fait acquis de cette manière ne jouit certes pas d'une intangibilité aussi grande que ceux sur lesquels il est positivement impossible de revenir ; il n'en bénéficie pas moins d'une stabilité certaine. Pour preuve cette affaire récente dans laquelle un administré avait obtenu l'annulation d'un arrêté préfectoral instituant, sur son terrain, une servitude destinée à permettre l'installation d'une canalisation publique d'évacuation des eaux usées. Le juge de l'astreinte, saisi en vue d'assurer l'exécution de ce jugement, estimant que "cette annulation n'impose pas de façon nécessaire la destruction de la canalisation dont ladite servitude a permis l'installation", a refusé de contraindre l'administration à ce faire²²³⁴. L'avenir de cet ouvrage est donc juridiquement assuré, bien qu'il reste tributaire de l'inévitable usure des choses...

Le concept d'"acquis" étant précisé, nous pouvons à présent montrer de quelle façon il a œuvré pour un dépassement de la distinction traditionnelle entre effets d'une annulation et d'une déclaration d'illégalité, pour une homogénéisation des conséquences des constatations d'illégalité opérées par le juge administratif quelle que soit la voie de droit empruntée.

²²³³ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²²³⁴ C.E., S., 7/01/1994, Epoux Ledoux ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, "Sélection", p.255.

CHAPITRE 2. LE JEU DES DIVERS ACQUIS

Le concept d'acquis, dont nous venons de définir la teneur, constitue l'axe central autour duquel s'est opérée la transcendance du clivage opposant classiquement retombées de l'annulation et de la déclaration d'illégalité, et, au delà, recours pour excès de pouvoir et voies de droit incidentes. Rappelons très succinctement que le souci de légalité, souverain dans le premier domaine, se trouvait concurrencé, dans le second, par des impératifs tout aussi primordiaux²²³⁵. L'irruption de l'idée d'acquis dans chacune des deux hypothèses va bouleverser de fond en comble cette conception théorique par trop figée : dans quelque perspective contentieuse que l'on se place, la présence d'un acquis relègue les préoccupations de légalité à une place subsidiaire ; inversement, lorsqu'aucun acquis ne vient le contrarier, le souci du respect de la règle de droit recouvre sa toute puissance. L'idée d'acquis exerce donc une influence égalisatrice sur les effets traditionnels de l'annulation et de la déclaration d'illégalité, en aménageant respectivement les uns et les autres. Elle permet de tenir meilleur compte des données subjectives que le juge administratif est contraint de prendre en considération lorsqu'il censure un acte administratif, et d'affiner la conciliation des intérêts qui s'opposent en matière de contestation incidente. Pour mieux appréhender ce mécanisme, nous le détaillerons dans un premier temps, avant d'en dresser un tableau plus synthétique, destiné à établir à qui profitent les différents acquis identifiés.

SECTION 1. UNE ACTION DUELLE

Il convient ici de se replacer dans la perspective du Sous-titre précédent. Les facteurs qui ont autorisé la transcendance du clivage classique résident dans la multiplication des intérêts à prendre en considération par le juge de l'excès de pouvoir, et dans la hausse du souci de légalité en ce qui concerne l'exception d'illégalité. L'idée d'acquis a joué un rôle à ces deux égards : elle a fourni aux préoccupations subjectives un instrument de pénétration des effets de l'annulation, endiguant la suprématie traditionnelle du principe de légalité en la matière, tandis qu'elle a limité la progression de ce dernier dans le domaine de l'exception.

²²³⁵ Pour illustrer ce compendium, il convient de se reporter au Titre préliminaire.

Paragraphe 1. L'idée d'acquis comme borne aux effets radicaux de l'annulation

Nous retrouvons ici l'idée d'acquis dans toute sa diversité, car tant les normes acquises que les faits acquis ont participé à ce mouvement de tempérament des effets traditionnellement dévolus à l'annulation.

I - La résistance des normes acquises

En vue d'ordonner la présentation, nous distinguerons deux types de situations.

A. Les normes épargnées par le juge

Le juge de l'excès de pouvoir contribue souvent à préserver certaines normes d'une illégalité à même de leur nuire. Deux moyens s'offrent à lui dans cette optique : soit neutraliser, au cas par cas, telle irrégularité en refusant de lui conférer sa pleine portée ; soit, sur un plan plus général, refuser de connaître directement de l'acte qui leur sert de base.

1 - Les normes que le juge de l'excès de pouvoir refuse d'anéantir

L'annulation d'un acte illégal - que cette illégalité résulte d'un vice propre ou soit induite par l'irrégularité avérée d'une autre mesure - met en péril les prescriptions qui s'y rattachent. Lorsque le juge estime, pour une raison ou pour une autre, pouvoir ou devoir maintenir celles-ci dans l'ordonnement juridique, il s'abstiendra d'en provoquer la chute.

a) Cas où l'acte-support est entaché d'un vice propre

Au stade de l'examen du litige, une démarche volontaire de la juridiction qui statue sur le sort d'un acte irrégulier peut ponctuellement sauver ce dernier de la disparition. Nous ne reviendrons pas ici - car elles n'ont pas leur place au cœur même de notre étude - sur les diverses techniques qui, des circonstances exceptionnelles au pouvoir de substitution, en passant par la théorie des moyens inopérants, celle des formalités non substantielles ou le procédé de neutralisation des motifs illégaux, constituent autant d'instruments de sauvegarde d'actes irréguliers²²³⁶. Plus intéressantes pour nous, les problématiques qui naissent de la pratique de l'annulation partielle démontrent qu'une décision, bien qu'entachée d'illégalité, peut parfaitement éviter la disgrâce d'une fraction des propositions qu'elle porte en elle. Deux hypothèses sont concernées : celle dans laquelle le requérant a formulé des conclusions tendant à une simple amputation de l'acte irrégulier et où le juge accueille ses prétentions²²³⁷ ; celle ensuite où c'est le tribunal lui-même qui, saisi d'une demande d'annulation totale, considère pouvoir limiter la censure qu'il prononce à quelques éléments de la mesure visée²²³⁸, au risque parfois de modifier celle-ci de façon non négligeable²²³⁹. Nous sommes ici en présence d'une norme dont le support était vicié, mais qui demeurera en vigueur grâce à l'"élagage" juridictionnel des fragments illégaux de ce dernier. Que la partie sauvegardée corresponde ou non à la volonté initiale de l'autorité à l'origine de la décision importe peu ici : notons simplement que le juge, en s'abstenant de la censurer, a estimé acquise la norme qu'elle contient.

b) Cas où l'acte-support aurait dû chuter en conséquence d'une annulation antérieure

Deux procédés sont ici concernés : celui de la dissociation et celui de l'abstention à censurer les décisions unilatérales ayant généré des droits acquis.

b¹) Pour le premier, un simple renvoi aux développements le présentant suffira : on a montré à cette occasion que l'emploi de la dissociation avait permis au juge de l'excès de pouvoir

²²³⁶ Pour le détail de ces différentes pratiques qui autorisent également la juridiction administrative à fermer les yeux sur certains vices externes ou internes de l'acte, voire à corriger elle-même ce dernier afin de sauver la norme qu'il contient, voir Sous-titre précédent.

²²³⁷ Cf. à titre d'illustration les arrêts Lyon-Caen, Perpère ou Marcotte précités, au travers desquels le juge accepte l'amputation d'actes collectifs dans la limite des conclusions dont il est saisi.

²²³⁸ Voir en particulier l'exemple de l'arrêt Association Défense et Promotion des langues de France précité.

²²³⁹ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

d'obvier aux conséquences indésirables de l'annulation d'un P.O.S., et d'éviter l'annulation automatique des autorisations d'urbanisme qui avaient pu être délivrées sur la base de celui-ci ; nous savons également quelles considérations d'opportunité ont conduit à cette protection des normes considérées contre l'irrégularité qui aurait indirectement dû les affecter²²⁴⁰.

b²) La sauvegarde des normes porteuses de droits acquis fera l'objet d'une attention légèrement plus soutenue, dans la mesure où les solutions contentieuses retenues en ce domaine ont connu une évolution notable depuis leur origine. Non que le principe même en ait été menacé : du moment qu'il avait admis qu'une mesure d'exécution d'un acte annulé pût servir de fondement à la constitution de droits définitifs, le juge de l'excès de pouvoir consentait nécessairement à estimer acquise leur norme-support. Ce qui a posé en revanche problème résidait tout entier dans l'étendue de la garantie ainsi concédée : la norme acquise au profit des tiers devait-elle l'être en tant que telle, ou pouvait-elle se trouver avantageusement remplacée par une proposition équivalente ? La première solution faisait primer l'intégrité des droits acquis par les tiers, la seconde l'autorité de la chose jugée et l'intérêt du requérant. Or, nous avons vu que l'arrêt *Guille*²²⁴¹, mettant fin à une tendance jurisprudentielle initiale²²⁴² dans le domaine - particulièrement concerné- des annulations d'une mesure d'éviction de la fonction publique, a posé le principe selon lequel la reconstitution de carrière afférente à ce jugement peut parfaitement se contenter d'un poste équivalent à celui qu'occupait le bénéficiaire de la décision de justice. Le juge a consenti par là même une entorse à l'exécution intégrale de la chose jugée pour composer le mieux possible avec les différents intérêts en présence. Et quoiqu'il n'ait pas entendu pour autant hypothéquer ceux du bénéficiaire de l'annulation²²⁴³, il n'en reste pas moins que le degré de protection de la norme porteuse de droits acquis au profit de tiers semble aujourd'hui remarquablement élevé.

2 - Les normes dont le juge de l'excès de pouvoir refuse de connaître : l'exemple du contrat

Opposer l'irrecevabilité à un recours pour excès de pouvoir intenté contre un acte assés à la norme qu'il contient une immunité certaine lorsqu'aucun succédané de cette voie contentieuse ne vient à jouer. L'exemple le plus flagrant de cette situation continue d'être fourni,

²²⁴⁰ Se reporter aux développements correspondants, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²²⁴¹ Arrêt précité.

²²⁴² Voir sur ce point l'arrêt Association des fonctionnaires de la Marine précité.

²²⁴³ Sur ce point, voir *supra*, Sous-titre précédent, le problème de la combinaison des droits des tiers et des droits du bénéficiaire de l'annulation.

malgré la restriction récente de son champ d'application²²⁴⁴, par la jurisprudence relative aux mesures d'ordre intérieur²²⁴⁵. Ce privilège s'avère en revanche moins net dès lors qu'une voie détournée de contestation d'un acte donné paraît équivaloir à l'ouverture dudit recours à son encontre. Est désignée la technique de la détachabilité, qui place l'excès de pouvoir si près du contrat qu'il semble abusif de considérer ce dernier comme porteur, par principe, d'une norme acquise²²⁴⁶. La doctrine estime depuis longtemps, d'ailleurs, que le développement exponentiel des actes reconnus détachables en ce domaine a rendu artificiel et "paradoxal" le maintien de l'irrecevabilité de principe de cette voie de droit à l'encontre de la convention elle-même, et a exhorté le juge de l'excès de pouvoir, qui déjà "assiège" le contrat, à franchir le pas manquant. Pourtant, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que la "bienveillance" de la jurisprudence à l'égard de la détachabilité et son entêtement à en user sont loin d'être gratuits. Leur explication réside indéniablement dans la volonté de ménager la norme contractuelle, puisque la technique en cause, sous des dehors audacieux, a concouru et concourt encore à brider les effets du recours pour excès de pouvoir en la matière.

a) La technique de la détachabilité a toujours contribué à préserver la norme contractuelle

L'emploi de la technique de la détachabilité a évité au juge de l'excès de pouvoir de devoir s'immiscer trop directement dans les relations entre les contractants, garantissant ainsi l'effectivité de la convention qu'ils ont signée.

a¹) L'"immunité" traditionnelle de la norme contractuelle

De tout temps, le juge s'est soucié de ne pas interférer dans les relations contractuelles. On établissait d'ailleurs jadis un parallèle entre cette attitude et celle qui prédomine en matière

²²⁴⁴ Voir *supra*, sous-titre précédent.

²²⁴⁵ Ainsi, une sanction dont le juge estime, à ce titre, ne pas avoir à connaître, est soustraite à toute possibilité de censure juridictionnelle ; mais nous ne nous appesantirons pas sur ce point, qui déborde le cadre de la présente étude.

²²⁴⁶ A l'inverse, il est patent que la consécration de la technique de la détachabilité dans d'autres domaines ne ruine aucunement l'immunité de principe des actes concernés, et notamment dans le contentieux de l'acte gouvernement, en raison de l'extrême prudence (c'est un euphémisme !) dont fait preuve le juge en la matière. Cf. en particulier l'affaire G.I.S.T.I. et M.R.A.P. précitée (C.E., 23/09/1992, p.346) dans laquelle le Conseil d'État a rejeté cette qualification à propos d'une circulaire qui interdisait, en raison de la guerre du Golfe, l'inscription des étudiants irakiens dans les universités françaises. Le caractère détachable était pourtant prôné par le commissaire du gouvernement D. Kessler (conclusions précitées, p.754), et il semblait clair, en effet, qu'une pareille mesure excédait, par son champ d'application, la conduite des relations internationales.

de droits acquis issus de décisions unilatérales définitives, et la doctrine comprenait que le juge de l'excès de pouvoir, comme dans ce dernier domaine, dût se montrer circonspect devant une convention, jusqu'à autolimiter son contrôle²²⁴⁷. Une curiosité bien compréhensible pousse le juriste à s'interroger sur la raison profonde de cette frilosité. On évoque souvent l'idée selon laquelle "une fois formé, le contrat devient un "monde clos" aux seules parties contractantes"²²⁴⁸. Cette vision fonderait en effet non seulement, au nom de l'effet relatif consacré par l'article 1165 du code civil²²⁴⁹, le maintien à l'écart des tiers²²⁵⁰, mais également la répugnance du juge à perturber les rapports contractuels. A ce propos, on peut se demander si la conception consistant à distinguer la norme de contrainte, unilatéralement décidée et soumise au droit, des manifestations de l'autonomie de la volonté, conception qui puisait "l'essentiel de son origine dans la vieille lecture civiliste de la distinction du droit objectif et du droit subjectif"²²⁵¹, a totalement disparu des mentalités. En effet, à l'heure où certains se sont employés à démontrer que le contrat pouvait être assimilé à une norme à part entière²²⁵², comment expliquer le refus du juge de soumettre directement celui-ci à un contrôle direct de légalité, sinon par "l'entretien de cette "mystique du contrat" par laquelle la conjonction de deux volontés est censée conférer à l'accord une impunité juridictionnelle que chacune de ces volontés ne possède jamais isolément"²²⁵³. Cette impression se renforce lorsque, à la lecture de l'ouvrage précité de Mme Pouyaud, nous apprenons que le juge du contrat lui-même évite, dès qu'il le peut, d'avoir à prononcer la nullité du contrat²²⁵⁴, mettant en œuvre une véritable "politique de préservation de la chose contractée"²²⁵⁵. Préfaçant cette étude, M. Weil voit là

²²⁴⁷ Cf. Laferrière, *op. cit.* p.441 : "lorsque l'acte administratif a été suivi de décisions ou de contrats qui ont créé des droits et avec lesquels il s'est combiné et uni de telle sorte qu'on ne pourrait plus infirmer l'un sans porter atteinte aux autres, le juge de l'excès de pouvoir, qui doit respecter ces droits (...), doit alors écarter le recours qui tend à les remettre en question".

²²⁴⁸ Ph. Terneyre, *art. cit.* p.89.

²²⁴⁹ Sur l'application de ce principe en matière administrative, voir notamment le *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.* tome I, n°784 s.

²²⁵⁰ Ce maintien à l'écart étant, nous le savons, loin d'être absolu, puisque la technique de l'acte détachable leur permet de contester certains éléments du contrat.

²²⁵¹ D. de Bechillon, *Revue française de droit administratif* 1992, *art. cit.* p.15.

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ D. de Bechillon, *Les petites affiches* 1990, *art. cit.* n°6.

²²⁵⁴ Mieux encore, il s'interdit -sauf exception- d'annuler, à la demande d'une des parties, les mesures prises par l'autre dans l'exécution du contrat et supposées contraires aux clauses conventionnelles : Cf. C.E., S., 24/11/1972, Société Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, p.753 ; et confirmant ce principe traditionnel tout en y faisant une nouvelle exception, voir l'arrêt Département de la Moselle précité.

"l'expression d'une constante juridique" : "Tout se passe comme si l'équilibre contractuel s'avérait un édifice trop complexe et trop fragile pour qu'un juge se résolve, sauf raisons tout à fait déterminantes, à recourir à l'arme suprême qu'est la nullité, c'est-à-dire la mise à néant pure et simple du rapport consensuel, dont le coût social lui paraît presque toujours excessif. La stabilité vaut mieux que la régularité -plutôt une injustice qu'un désordre"²²⁵⁶. La même logique, une fois introduite la technique de l'acte détachable, a dicté la règle selon laquelle l'annulation de ce dernier ne produit aucun effet direct sur la convention à laquelle il participe.

a²) Les avantages offerts par la technique de la détachabilité

Passer par le biais de la détachabilité pour contrôler la légalité de certains éléments d'une convention, tout en permettant éventuellement, nous le savons, de s'appuyer sur l'irrégularité de celle-ci pour obtenir leur censure, a dispensé le juge d'exercer une influence directe sur l'acte juridique né de l'accord des volontés des contractants. Le refus non démenti de la jurisprudence d'instituer un recours pour excès de pouvoir direct à l'encontre du contrat s'expliquait en effet par une réticence à porter atteinte aux relations contractuellement scellées et au désir corrélatif d'assurer aux parties une grande sécurité. En regard de cette dernière considération, la tentation est forte de rapprocher cette protection de celle dont bénéficient les droits unilatéralement acquis, puisque leur sauvegarde obéit également à une volonté de consacrer la nécessaire stabilité des relations juridiques. Or, la comparaison démontre l'intensité remarquable de la garantie qui a longtemps été offerte, dans le domaine contractuel, par le procédé de la détachabilité. Il existait en effet à l'origine, entre les deux systèmes, une différence fondamentale :

- le maintien des droits acquis sur la base d'une décision administrative est, comme nous l'avons montré à l'occasion de leur étude, conditionné par la compatibilité de ceux-ci avec une exécution satisfaisante de la décision d'annulation. Ceux qui ne satisfont pas à ce critère ne

²²⁵⁵ En témoigne par exemple le fait que le juge du contrat admet assez largement la régularisation *a posteriori* de la convention. Il semble vouloir préserver coûte que coûte le lien qui unit les parties, en dépit des irrégularités initiales qui l'affectaient : ainsi, dans l'affaire *Ministre de la Construction c/ Sté Entreprise M. et A. Cuillerai* (C.E., 5/05/1961, p.303), les contractants ont-ils été considérés comme engagés dès la signature du contrat, alors même qu'un vice l'entachait à l'origine et avait rendu nécessaire la passation d'un second marché de régularisation. De même, l'intervention d'un acte d'autorisation de passer le contrat postérieurement à l'acte de passation de celui-ci le régularisera malgré tout (C.E., 20/12/1963, *Commune de Battigny*, p.927).

²²⁵⁶ Préface de l'ouvrage précité de Mme Pouyaud, p.12.

prévaudront pas sur ceux que le requérant détient en vertu de la chose jugée, pour la bonne et simple qu'ils ne seront pas considérés comme cristallisés²²⁵⁷.

- en matière de protection des relations contractuelles, on ne retrouvait pas un tel schéma. La proposition était même inversée. Plutôt que de subordonner la pérennité des stipulations de la convention à leur compatibilité avec l'exécution de l'annulation de l'acte détachable (ce qui aurait privilégié l'intérêt du bénéficiaire de l'annulation), on partait de l'idée que la chose jugée ne pouvait les remettre en cause que dans la mesure où leurs promoteurs - à savoir les parties - y consentaient (ce qui faisait primer l'intérêt de ces derniers). La chute du contrat dépendait en conséquence du bon vouloir de ses signataires et non de l'appréciation du juge. Aussi, lorsque l'annulation avait été prononcée sur requête d'un tiers, l'administration et son cocontractant disposaient-ils d'une pleine latitude pour déterminer la nécessité de prolonger la chose jugée en prenant les mesures *ad hoc*²²⁵⁸. Cet aspect de la détachabilité constituait certes un moyen de "réinsérer la dimension contractuelle et concrète dans les suites à donner à un jugement purement objectif de légalité"²²⁵⁹, permettant que les conséquences à tirer de l'annulation de l'acte détachable soient "appréciées avec nuance, sinon prudence, et dans le cadre proprement dit du contentieux des relations contractuelles nouées"²²⁶⁰. On pouvait également y découvrir une démission du juge de la légalité, refusant sans autres raisons qu'une déférence traditionnelle, excessive et infondée pour le microcosme contractuel, d'exercer pleinement le rôle qui lui est dévolu, à savoir d'empêcher que ne se développent impunément des situations irrégulières.

La jurisprudence récente a paru remédier à cette carence, en reconnaissant, à la charge de l'administration contractante, une obligation juridiquement sanctionnée de tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable obtenue par un tiers. Mais la fonction traditionnelle de la détachabilité ne s'en trouve pas, pour autant, remise en cause.

²²⁵⁷ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

²²⁵⁸ Sur tous ces points, voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²²⁵⁹ B. Pacteau, *art. cit.* p.119.

²²⁶⁰ *Ibid.*

b) La persistance de la fonction traditionnelle de la détachabilité

En dépit des apparences, la fiction de la détachabilité permet toujours au juge, en accord avec sa position traditionnelle, d'éviter d'imposer trop directement le respect de la légalité à un monde -celui des contrats- qu'il considère sinon intangible, du moins largement soumis à la volonté de ses démiurges, à savoir les contractants.

b¹) L'illusion d'un changement radical

Depuis que le Conseil d'État a rendu son arrêt *Epoux Lopez*²²⁶¹, on pourrait être tenté de croire que l'analyse qui voit, dans la technique de la détachabilité, un moyen d'abriter la convention des conséquences de jugements rendus en excès de pouvoir, a été dépassée. Il suffit de considérer l'obligation juridique qu'il consacre à la charge de l'administration de prendre les mesures qu'impose la bonne exécution d'un acte détachable obtenu par un tiers, au prix d'une éventuelle remise en cause du contrat concerné, pour se convaincre que le souci de ménager ce dernier appartient à une époque désormais révolue. Le rôle effectif du juge de l'astreinte, considéré par tous les commentateurs comme une "passerelle entre l'annulation de l'acte détachable (...) et le contrat lui-même"²²⁶², lui permet de déterminer, affaire par affaire, les suites à donner au jugement d'annulation, et, si le besoin s'en fait sentir, de contraindre l'administration à les matérialiser : cette dernière peut ainsi se voir imposer, selon les cas, non seulement une régularisation du contrat en cause, mais également une renégociation, voire une résiliation de celui-ci, ou bien une saisine du juge du contrat afin qu'il en prononce la nullité - comme c'était le cas dans l'affaire *Lopez*. N'allons cependant pas trop vite en besogne.

b²) Les faux-semblants de la jurisprudence *Epoux Lopez*

* Le fait d'avoir reconnu, pesant sur l'administration contractante, une certaine obligation d'assurer l'exécution des annulations d'actes détachables du contrat, ne doit pas faire oublier que le Conseil d'État se refuse toujours à considérer recevable un recours pour excès de pouvoir directement intenté contre le contrat lui-même²²⁶³. Cette préférence n'est pas, à l'évidence, le fruit d'un pur hasard jurisprudentiel, mais plutôt la résultante logique de ce que le commissaire du gouvernement R. Schwartz a appelé la "schizophrénie bénigne, car réfléchie et

²²⁶¹ Arrêt précité.

²²⁶² Chronique L. Touvet et J.-H. Stahl précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.868.

²²⁶³ Et ce malgré les vœux doctrinaux insistants émis en ce sens, vœux qui resteront, sans doute, longtemps inexaucés.

assumée", du juge administratif en la matière²²⁶⁴. La dichotomie consacrée depuis bientôt un siècle entre juge de l'excès de pouvoir et juge du contrat imprègne tellement les esprits que l'idée de la gommer a été expressément repoussée²²⁶⁵. Plutôt que de permettre au tiers de solliciter directement la censure du contrat qui lui fait grief, on a préféré conserver le moule de la détachabilité et y faire pénétrer le juge de l'astreinte, censé représenter le chaînon manquant : "l'intervention du juge de l'astreinte permet de dépasser (...) les frontières entre l'excès de pouvoir et le contractuel en ce qu'elles peuvent avoir de rigide. Le juge de l'astreinte contourne lesdites frontières sans les remettre en cause"²²⁶⁶. Il est vrai que M. Schwartz justifie son choix en mettant en avant un élément difficilement contestable : la censure de l'illégalité opérée en excès de pouvoir ne doit pas forcément produire d'effets sur la convention concernée. B. Pacteau avait, avant lui, insisté sur ce point : on "peut contester que toute irrégularité formelle, par exemple dans la conclusion du contrat, doive contaminer ce contrat dès lors que sa substance n'en serait en rien affectée"²²⁶⁷. Or cette absence d'automatisme se trouve garantie par la double intercession de la technique de la détachabilité et du pouvoir d'appréciation au cas par cas reconnu au juge de l'astreinte, celui-ci pouvant facilement adapter les mesures d'exécution de la censure de l'acte détachable aux spécificités de chaque espèce, et en tempérer l'intensité autant que de besoin. Cette malléabilité serait au contraire par principe exclue si l'on pouvait solliciter du juge de l'excès de pouvoir qu'il annule directement une convention. Doit-on pour autant considérer cet argument comme décisif ? A l'évidence non, puisqu'il pourrait aussi bien légitimer, en matière de contrôle d'actes administratifs unilatéraux, que le juge s'abstienne de sanctionner ceux d'entre eux qui, entachés d'une simple irrégularité formelle, se révèlent parfaitement justifiés au fond²²⁶⁸. C'est donc ailleurs qu'il convient de chercher les véritables tenants de la solution consacrée en 1994.

* En dépit de ce que pourrait laisser penser, à première vue, l'arrêt *Lopez*, la préoccupation de ménager les relations contractuelles anime toujours le juge administratif.

²²⁶⁴ Conclusions précitées sur l'arrêt *Lopez*, *Revue française de droit administratif* 1994, p.1093.

²²⁶⁵ "L'autonomie de ces deux sphères, l'excès de pouvoir d'un côté et le contractuel de l'autre, a été critiquée par la doctrine (...). Nous ne sommes pas conduits aujourd'hui à vous proposer de remettre en cause ces jurisprudences fortement enracinées (...)" (*ibid.*). Il faut dire qu'une telle solution n'était pas adaptée à l'affaire *Epoux Lopez*, puisqu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat de droit privé, réservé au contrôle du juge judiciaire. La solution proposée par M. Schwartz (à savoir la médiation systématique du juge de l'astreinte) a cependant vocation à s'appliquer non seulement à ce type de conventions, mais également à celles dont le contentieux est entièrement dévolu à l'ordre juridictionnel administratif (voir en ce sens D. Pouyaud, note précitée, p.1104).

²²⁶⁶ Conclusions précitées, p.1093.

²²⁶⁷ *Art. cit. Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.119.

²²⁶⁸ Cette justification au fond entraînant quasi inmanquablement leur réédiction ultérieure (voir *supra*, Partie I ; et le B à suivre).

Certes, l'intérêt du tiers bénéficiaire de l'annulation d'un acte détachable occupe une place beaucoup moins subsidiaire qu'auparavant : autrefois entièrement soumises à la volonté absolue des parties, les retombées de la décision rendue en excès de pouvoir peuvent aujourd'hui être fixées par le juge de l'astreinte et imposées par lui aux contractants. De là à en conclure que le rapport de force classique s'est renversé au détriment de ces derniers, il y a un pas qu'il semble hasardeux de franchir, et cela pour deux raisons principales : d'abord parce qu'il faut pas perdre de vue que l'administration dispose d'une importante marge de manœuvre pour déterminer, dans un premier temps, quelle attitude lui dicte l'annulation à laquelle elle est confrontée²²⁶⁹ ; ensuite et surtout en raison du caractère labyrinthique de la procédure à suivre. Voilà un justiciable désireux de faire déclarer la nullité d'un contrat préjudicant à ses intérêts, qui doit saisir le juge de l'excès de pouvoir d'une requête en annulation d'un acte artificiellement estimé détachable, puis, si l'administration ne tire pas les conséquences nécessaires du premier jugement, tenu de solliciter du juge de l'astreinte qu'il détermine avec précision le comportement à adopter et y soumette le contractant public récalcitrant, avant de voir - dans la plupart des cas - le litige se solder devant le juge du contrat²²⁷⁰. Sachant que, sous couvert de ces trois appellations, se cache fréquemment la même juridiction administrative, on peut mesurer les doutes qui s'empareront du tiers à l'heure d'implorer cette "trinité"²²⁷¹ bien métaphysique²²⁷² ! L'instauration d'un échelon contentieux supplémentaire, s'il elle paraît difficilement évitable s'agissant d'un contrat ressortissant à la compétence du juge judiciaire, pourrait être au contraire plus aisément court-circuitée en matière de contrats administratifs. Outre l'éventualité d'une admission du tiers intéressé à l'annulation d'une convention dans le prétoire du juge du contrat²²⁷³, on pense évidemment à l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du contrat lui-même, dont on a montré qu'elle ne relevait pas, loin s'en faut, et bien qu'elle

²²⁶⁹ Sur ce point, voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²²⁷⁰ Et encore, l'intervention du juge du contrat peut ne pas constituer la dernière étape : ainsi, dans l'affaire Epoux Lopez, si la juridiction judiciaire se refusait à ordonner la restitution de l'immeuble, on peut envisager une nouvelle saisine du juge de l'astreinte par les requérants en vue d'obtenir une solution indemnitaire du litige, seul moyen pour eux de tirer alors bénéfice de l'annulation de l'acte détachable prononcée en leur faveur.

²²⁷¹ L'expression est employée par R. Schwartz, conclusions précitées, p.1093.

²²⁷² Certains commentateurs ont d'ailleurs reconnu que la solution adoptée par le Conseil d'État pouvait paraître "timide et difficile à mettre en œuvre pour les requérants", et n'avait "ni le mérite de la simplicité, ni celui de la rapidité" (chronique L. Touvet et J.-H. Stahl précitée, p.873). Cette longueur de la procédure contrebalance grandement, selon nous, l'intérêt que prêtent les mêmes auteurs à la médiation de la Section du rapport et des études (*ibid.*).

²²⁷³ Voir sur ce point D. Pouyaud, note précitée, p.1104 : "De plus en plus, les conventions sont susceptibles d'intéresser les tiers, et les nullités encourues par les contrats administratifs sont presque exclusivement des nullités absolues car elles visent la protection de l'intérêt général et non celle de l'intérêt particulier des cocontractants. Pourquoi dans ces conditions ne pas admettre, à l'instar du juge civil, que certains tiers aient accès au juge du contrat ?"

suppose un renversement radical de principes jurisprudentiels séculaires, de l'utopie doctrinale²²⁷⁴. Pour quelle raison dès lors préfère-t-on à cet allégement procédural assurément bénéfique une addition de systèmes, certes familiers, mais offrant un aspect de plus en plus inextricable ? Ne serait-ce pas parce que la logique qui présidait à la consécration de la technique de la détachabilité prévaut toujours au sein du Conseil d'État ? L'intérêt du tiers, désormais ouvertement pris en compte, occupe toujours une place secondaire ; la norme contractuelle protégée par la complexité et la lenteur du processus mis en place en 1994, domine encore, et dominera tant que le tiers ne disposera pas d'une voie de droit lui donnant une prise contentieuse directe sur elle. Elle continue en cela de mériter la dénomination de "norme acquise".

B. Les autres types de normes acquises

Toutes les normes protégées de l'illégalité de l'acte auquel elles s'intègrent ne le sont pas sur simple intention du juge de l'excès de pouvoir. Certaines d'entre elles vont bénéficier d'une volonté en ce sens manifestée par une autre autorité, tandis que d'autres profiteront du jeu automatique de certains principes contentieux fondamentaux.

1 - Les normes intentionnellement acquises

Les autorités habilitées à différent titre à intervenir ici sont doubles. On trouve en premier lieu le législateur, dont l'entremise permet parfois la neutralisation d'une irrégularité mise à jour par la juridiction administrative. Parallèlement, l'administration elle-même peut faire en sorte de sauver une norme malgré la censure de son acte-support.

a) Les normes protégées par le législateur

²²⁷⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

Une fois promulgué, un texte législatif s'impose aux diverses autorités publiques. De la même façon que le pouvoir réglementaire sous toutes ses formes²²⁷⁵, le juge ordinaire se doit de l'appliquer ; il ne saurait, hormis dans le cadre particulier de l'article 55 de la constitution²²⁷⁶, se soustraire à cette obligation qui résulte de la tradition républicaine postulant la souveraineté de la loi²²⁷⁷. Aussi, dès lors qu'une norme bénéficie d'un couvert législatif la garantissant des retombées d'un vice qui entache ou pourrait affecter son acte-support, son caractère "acquis" ne fait aucun doute. Une distinction devrait cependant être pratiquée, en théorie, entre l'hypothèse d'une protection globale du type de celle que connaît le transfert de compétence issu du P.O.S. - la norme étant ici totalement acquise-, et les neutralisations ponctuelles d'illégalités par l'entremise d'une validation législative : dans ce dernier cas en effet, l'acte concerné reste *a priori* susceptible d'annulation s'il trahit d'autres irrégularités que celle qui a été absoute par volonté parlementaire, la norme qu'il contient devant être en conséquence estimée acquise seulement eu égard au vice excusé. Mais on sait qu'en pratique, la politique jurisprudentielle qui consiste à prononcer un non-lieu législatif en présence d'un acte validé tend à gommer cette démarcation en considérant les normes validées comme pleinement acquises du simple fait de l'intervention législative²²⁷⁸.

²²⁷⁵ Et tout particulièrement le pouvoir réglementaire prétendument "autonome" de l'article 37 de la constitution de 1958, ce que la jurisprudence du Conseil d'État indique clairement (voir par ex. C.E., Ass., 24/05/1963, Fédération nationale des conseils de parents d'élèves et sieur La Chapelle, p.321). Pour une démonstration détaillée de cette supériorité de la loi, Cf. notamment L. Favoreu, "Les règlements autonomes n'existent pas", *Revue française de droit administratif* 1987, p.871.

²²⁷⁶ Sur ce point, voir notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°146 s ; et la bibliographie citée au n°152-5.

²²⁷⁷ Sera ainsi déclarée irrémédiablement irrecevable toute exception d'inconstitutionnalité soulevée devant les ordres administratif et judiciaire. Cf. respectivement :

- C.E., Ass., 21/12/1990, Confédération nationales des associations familiales catholiques, p.369, conclusions B. Stirn ; *Dalloz* 1991, p.283, note P. Sabourin ;

et - C. Cass., Crim., 26/02/1974, *Dalloz* 1974, p.273, conclusions A. Touffait, note R. Vouin.

Sur le fondement de la supériorité de la loi, voir R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931 ; lire également M.-H. Fabre, "La loi expression de la souveraineté", *Revue du droit public* 1979, p.341.

²²⁷⁸ Pour plus de détails sur les procédés dont il a été question dans le présent paragraphe, Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

b) Les normes maintenues par l'administration

Par l'attitude qu'elle adopte, l'autorité administrative détient souvent le pouvoir de sauvegarder de façon plus ou moins durable une norme nonobstant l'annulation de l'acte qui lui servait de base, cela dans deux situations très distinctes.

b¹) Réhabilitation de la norme après censure juridictionnelle

L'autorité administrative a quelquefois, nous le savons, le loisir voire l'obligation de réédicter une mesure précédemment annulée par le juge de l'excès de pouvoir, soit après correction du vice qui avait entraîné cette censure, soit à la suite d'un changement de circonstances qui autorise désormais la prise de l'acte originairement irrégulier²²⁷⁹. Pareille prérogative lui permet donc de sauver la norme qui subissait les effets néfastes de la censure juridictionnelle. En règle générale, celle-ci réintègrera par ce biais l'ordonnement juridique qu'elle avait momentanément quitté : on peut donc la considérer acquise du fait la volonté de l'administration qui l'a reproduite malgré sa première formulation infructueuse, ou par la vertu de la règle de droit qui en imposait l'édiction. Au surplus, la rupture temporelle qui la sépare de la norme posée par l'acte initial n'est pas une fatalité, puisque la rétroactivité qu'on lui attache dans certaines hypothèses est à même d'effacer toute trace de l'annulation prononcée²²⁸⁰. En ce cas, elle n'aura subi, une fois réénoncée, aucune perturbation imputable à la constatation du vice qui affectait son acte-support originel.

b-2) Survie artificielle de la norme après censure juridictionnelle

On rejoint ici le problème de l'inexécution des décisions d'annulation. Ce phénomène, très largement imputable à l'inertie, voire à la mauvaise volonté de l'administration, permet en effet à cette dernière de poursuivre l'application d'une norme alors même que la censure de l'acte qui la porte opérée par le juge en imposait l'arrêt immédiat.

²²⁷⁹ Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²²⁸⁰ On fait notamment référence ici aux hypothèses du type Dlle Sarrabay (jurisprudence précitée), ainsi qu'à certains cas d'espèce, telle la réfection à l'identique d'un tableau d'avancement annulé.

* Une survie généralement provisoire

Le maintien illicite ainsi réalisé de la norme dans l'ordonnement juridique revêt, dans la plupart des cas, un caractère temporaire. A force de persuasion, de menace ou de prononcé d'astreinte, le juge administratif, épaulé par la Section du Rapport et des Etudes arrive, dans la quasi totalité des cas, à faire plier même l'administration la plus récalcitrante²²⁸¹. Il n'en reste pas moins que, dans le laps de temps -quelquefois extrêmement long- où l'administré qui a obtenu l'annulation a été privé *de facto* de son bénéfice, la norme en cause aura été "acquise", puisqu'elle aura résisté à l'illégalité, pourtant avérée, de l'acte qui la portait. De surcroît, il est une hypothèse dans laquelle cette protection abusive sera relayée par une réhabilitation -cette fois-ci juridictionnelle- de la norme considérée.

* Une survie parfois confortée par l'infirmité du jugement d'annulation

On retrouve le phénomène qui conduit l'administration à s'affranchir du devoir d'exécuter un jugement d'annulation non encore définitif, dans l'espoir de voir aboutir l'appel qu'elle a interjeté contre ce dernier. Cette pratique, se jouant du principe de l'effet non suspensif des voies de recours, constitue un véritable "coup de poker" tenté par l'autorité à qui il incombait de rendre effective l'annulation²²⁸² : si l'appel interjeté vient à aboutir, la norme qui aurait dû pâtir de l'annulation initiale sera pleinement - et rétroactivement-confortée²²⁸³ ; elle n'aura jamais subi le contrecoup de la censure, en premier ressort, de son acte-support.

Hormis les cas de sauvetage délibéré de normes menacées par la reconnaissance de l'irrégularité de leur enveloppe juridique, il existe des solutions similaires qui ne sont, quant à elles, la résultante d'aucune démarche intentionnelle.

²²⁸¹ Voir *infra*, Titre suivant.

Encore faut-il que l'administré victime de l'inexécution de la décision de justice rendue en sa faveur ne se soit pas abstenu, par ignorance ou négligence, de faire jouer les mécanismes susceptibles de remédier à cette situation : le maintien de la norme pourrait alors parfaitement se perpétuer.

²²⁸² Pour la présentation de cette pratique, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²²⁸³ La norme en question est alors en effet "réhabilitée" par le juge supérieur. Mais, à la différence de la réhabilitation administrative sus-évoquée, il s'agit alors simplement de reconnaître légal l'acte qui avait été annulé à tort.

2 - Les normes acquises en dehors de toute volonté

a) Cette dernière catégorie de normes acquises regroupe trois situations très différentes les unes des autres. La première d'entre elles recoupe l'hypothèse de la résurrection, du fait de l'annulation d'une décision administrative, d'un acte définitif dont le contenu est, sinon parfaitement, du moins fortement semblable à celle-ci, au point quelquefois d'en partager l'illégalité²²⁸⁴ ! La deuxième intéresse les actes illégaux indivisibles dont la censure n'est demandée que pour partie au juge de l'excès de pouvoir, ce dernier, en raison de la règle de *non ultra petita*, étant tenu de rejeter la requête et, partant, de respecter l'intégrité de la mesure viciée. La chose jugée définitive offrant, du fait de sa force incontestable²²⁸⁵, une résistance aux effets induits d'une annulation, en constitue la dernière manifestation²²⁸⁶.

b) Dans tous ces cas de figure, la norme qui devrait pâtir d'une annulation va être sauvegardée sans que quiconque n'en ait réellement (ou du moins directement) manifesté l'intention : la résurgence de la norme ancienne similaire s'explique par le simple contrecoup mécanique de la disparition des prescriptions qui l'avaient remplacée, le maintien de la norme portée par l'acte indivisible par le jeu aveugle d'une règle fondamentale de procédure, celui de la norme juridictionnelle par le principe général qui consacre l'intangibilité des décisions de justice définitives. L'absence de volonté expresse de conservation d'une norme menacée par l'irrégularité -directe ou par voie de conséquence- de l'acte qui la formule n'hypothèque donc pas systématiquement ses chances de survie.

²²⁸⁴ On pense en particulier à la résurgence des documents d'urbanisme préexistant à un P.O.S. qui a fait l'objet d'une censure juridictionnelle.

²²⁸⁵ Sauf bien entendu volonté contraire du législateur, telle que manifestée par exemple dans le contentieux de l'expropriation.

²²⁸⁶ Même si, comme nous l'avons souligné en première Partie, cette construction procède d'une volonté initiale du juge de ne pas perturber des situations dont l'impératif de sécurité juridique commandait l'irrévocabilité, on peut en effet estimer aujourd'hui que la chose définitivement jugée s'impose à lui en dehors de toutes manifestations de volonté.

II - L'opposition des faits acquis

Les normes juridiques ne sont pas les seules susceptibles d'offrir une résistance à l'annulation juridictionnelle d'un acte et à ses conséquences. Des éléments matériels acquièrent parfois également une force équivalente, soit du fait d'une volonté prétorienne (ou -plus rarement- législative voire administrative) émise en ce sens, soit en raison d'une intangibilité naturelle. Reprenons donc le clivage précédent.

A. Les faits épargnés par le juge

Les éléments matériels dont il va être ici question ne sont pas dotés d'une immutabilité intrinsèque : si l'on ne saurait bien évidemment (comme pour tout fait) nier sans mensonge leur déroulement, leurs conséquences sont à l'inverse conceptuellement capables de se plier aux exigences de la légalité, et devraient en cela fléchir lorsque l'annulation de l'acte juridique qui les conditionnait l'impose ; qu'ils ne s'y soumettent pas provient de ce que le juge ne le considère pas opportun. On peut bien évidemment rattacher à ces hypothèses la politique jurisprudentielle précédemment étudiée qui débouche sur la quasi impossibilité d'obtenir la destruction d'une construction édiflée sur la base d'une autorisation ultérieurement annulée, que celle-ci revête ou non un caractère d'ouvrage public²²⁸⁷. Mais la plupart d'entre elles s'identifient dans le contentieux de la fonction publique.

1 - La prise en compte de l'exercice de la fonction administrative

L'étude de la théorie de fonctionnaires de fait nous a montré que le juge ne souhaitait pas la remise en cause de l'activité d'un fonctionnaire irrégulièrement nommé, en dépit de l'annulation ultérieure de son titre²²⁸⁸. C'était en effet le seul moyen pour que les décisions que cet agent avait pu être amené à prendre, ou à l'élaboration desquelles il avait participé antérieurement à l'annulation de sa nomination, demeurent valables, pérennité imposée par la préoccupation d'assurer la nécessaire continuité du service public. Mais il aurait semblé paradoxal de reconnaître à cet égard la prépondérance de la réalité des faits sur la fiction de la rétroactivité d'une *restitutio in integrum* si l'on n'avait parallèlement préservé les autres facettes

²²⁸⁷ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²²⁸⁸ Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I ; et notamment la référence à l'arrêt C.E., Ass., 2/11/1923, Association des fonctionnaires de l'Administration centrale des P.T.T., p.669.

de cette réalité. L'agent en cause a pu édicter des actes juridiques, mais ce n'est là qu'un aspect de son service. Du fait de ce dernier, il a perçu des traitements, accumulé de l'ancienneté, été noté, voire sanctionné. Devait-on, sous prétexte que la continuité du service public n'était plus en cause ici, opérer un *distinguo* artificiel -et inique au regard de l'intéressé- en remettant en question ces points précis, cependant qu'on maintenait au bénéfice de l'administration les concrétisations les plus importantes du service accompli ? Le Conseil d'État ne l'a pensé et, poussant jusqu'au bout la logique de la survivance du fait, a dégagé plusieurs solutions destinées à garantir les droits de l'agent concerné. C'est ainsi que le fonctionnaire qui a vu son investiture censurée par le juge de l'excès de pouvoir n'a pas, en principe, à restituer les rémunérations qu'il a perçues en contrepartie du service effectif qu'il a assuré²²⁸⁹. Le juge a certes admis que l'administration puisse demander le reversement de ces sommes²²⁹⁰, mais l'agent est alors en droit de solliciter une indemnité car la jurisprudence considère comme fautif l'octroi illégal de certains avantages pécuniaires²²⁹¹. Le Conseil d'État estime également depuis longtemps que les services assurés dans l'intervalle entre la nomination et l'annulation de celle-ci doivent être pris en compte dans la détermination de l'ancienneté de l'agent et de ses droits à pension de retraite²²⁹². Dans le même ordre d'idée, il paraît logique de considérer que c'est à bon droit que le fonctionnaire a fait l'objet d'une notation pour les services considérés²²⁹³ voire, si son comportement le justifiait, d'une sanction disciplinaire²²⁹⁴. Toutes ces solutions doivent être approuvées. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement D. Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt *Barat*²²⁹⁵, "lorsqu'elle prend les traits de la rétroactivité, la rigueur juridique confine souvent à la fiction et se heurte alors aux faits". Aussi était-il naturel, du moment que le juge avait témoigné d'un souci de relativiser les effets de l'annulation en la matière, de tirer toutes les conséquences du maintien du fait accompli.

²²⁸⁹ Concernant lesdites rémunérations, on peut noter en effet qu'"avant l'annulation du titre et aussi longtemps que l'irrégularité n'est pas officiellement constatée, le fonctionnaire de fait a le droit d'exiger son traitement" (E. Jouve, *art. cit.*, *Revue du droit public* 1968, p.304).

²²⁹⁰ C.E., 13/11/1953, Dlle Clair, p.488.

²²⁹¹ C.E., 1er/02/1956, Grinda et Chaley, *Actualité juridique, Droit administratif* 1956, II, p.44, conclusions M. Long.

L'indemnité allouée le sera "compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire et notamment de la gravité des fautes dont s'agit et de la bonne foi du requérant" (C.E., 19/12/1947, Dame veuve Gléneau, p.481).

²²⁹² C.E., 26/12/1930, Naudascher ; *Dalloz* 1931.3, p.16 conclusions Etorri ; et C.E., 20/05/1965, Hennequin, p.350.

²²⁹³ C.E., S., 14/10/1977, Sieur Barat, p.385 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1978, p.340, concl. D. Labetoulle.

²²⁹⁴ Cf. par exemple C.E., 30/10/1968, Ponom, p.538.

²²⁹⁵ Conclusions précitées.

2 - La prise en compte du non-exercice de la fonction administrative

Le juge administratif fait prédominer, dans d'autres hypothèses, l'abstention d'un fonctionnaire à exécuter son service - ou éventuellement la mauvaise exécution de celui-ci -, alors même que les incidences de cette carence devraient en toute logique disparaître à la suite d'une annulation contentieuse.

a) Il s'agit tout d'abord de la jurisprudence *Deberles* qui, rappelons-le, oppose à l'agent qui a obtenu la censure de son éviction la règle du service fait, afin de priver celui-ci du rappel de son traitement²²⁹⁶. N'ayant pas accompli son service pendant la période située entre la mesure qui le destituait et le prononcé de l'annulation, le requérant ne bénéficie pas de la rétroactivité de la décision de justice, qui plie devant la réalité des choses²²⁹⁷; il ne pourra qu'obtenir éventuellement une indemnisation du préjudice qui lui a été causé par sa révocation irrégulière.

b) Peut également entrer dans ce cadre une jurisprudence qui veut que la désobéissance d'un agent public ne soit pas rétroactivement effacée par l'annulation de l'acte qu'il n'avait pas respecté²²⁹⁸. Ainsi, un fonctionnaire irrégulièrement nommé à un poste qu'il n'a pas rejoint sera considéré comme ayant commis une faute alors même que le Conseil d'État a depuis, par un arrêt devenu définitif, prononcé l'annulation de ladite mutation²²⁹⁹. Le juge a manifesté, par cette nouvelle atteinte à la rétroactivité d'une annulation, son souci de ne pas mettre à mal le

²²⁹⁶ Jurisprudence précitée.

²²⁹⁷ L'état originel de la jurisprudence permettait au fonctionnaire ayant obtenu l'annulation de son éviction un rappel intégral de son traitement et des indemnités accessoires (voir notamment C.E., 9/06/1899, Toutain, p.421 ; 21/05/1920, Katz de Warrens, p.539); mais le commissaire du gouvernement Parodi, concluant sous l'arrêt *Deberles*, convainquit le Conseil d'État que ce système "faisait une part tout à fait excessive ... à une déduction purement logique, initialement fondée sur une fiction".

²²⁹⁸ C.E., 18/12/1935, Lavigne, p.1197 ; C.E., 2/11/1966, Dessendier, p.580.

²²⁹⁹ C.E., 2/12/1959, Dlle Sinay, p.643.

principe hiérarchique qui cimente l'entière organisation administrative, et qui suppose que les fonctionnaires doivent se soumettre aux ordres qu'ils reçoivent²³⁰⁰, même s'ils s'avèrent irréguliers, du moment qu'ils ne sont pas "manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public"²³⁰¹. Seul ce devoir d'obéissance est à même d'assurer un fonctionnement régulier des services publics, d'où la nécessité de reconnaître l'indélébilité du fait accompli - à savoir la transgression de l'ordre reçu²³⁰².

B. Les autres types de faits acquis

Certains procèdent, comme les précédents, d'une démarche délibérée ; d'autres non.

1 - Les faits intentionnellement acquis

a) Les faits protégés par le législateur

Tout comme il détient le pouvoir de préserver une norme, le législateur a le loisir de consacrer tel ou tel fait afin de le rendre imperméable aux retombées d'une annulation juridictionnelle. On peut renvoyer, sur ce point, à la présentation des lois de 1968, qui protège l'écoulement des quatre ans entraînant la prescription quadriennale des incidences d'une recours pour excès de pouvoir formé ultérieurement, et de 1994 qui consacre les transferts de propriétés réalisés par le jeu d'un droit de préemption ultérieurement invalidé²³⁰³. Mais il est également

²³⁰⁰ En outre, le commandement en cause, comme tout autre acte administratif, présente un caractère immédiatement exécutoire et lie donc son destinataire tant qu'il n'est pas censuré par le juge de l'excès de pouvoir.

²³⁰¹ C.E., 10/11/1944, Langneur, p.288 ; *Dalloz* 1945, p.88.

²³⁰² M. Braibant (*Etudes et documents du Conseil d'État* 1961, art. cit. p.57) a néanmoins contesté cette solution au motif qu'"elle se concilie mal avec la jurisprudence selon laquelle l'annulation pour excès de pouvoir efface rétroactivement la faute disciplinaire ou pénale". Dans le même sens, pour M. Oberdorff, "cette exception -au nom du maintien de la discipline- à la globalité des effets rétroactifs d'une annulation contentieuse paraît mal justifiée (...) car l'annulation intervient quand même *a posteriori*" (*op. cit.* p.306).

²³⁰³ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

des hypothèses de validations législatives dont le seul objet réside dans la consolidation d'une situation matérielle qui aurait dû, en toute logique, pâtir de la censure juridictionnelle de l'acte en ayant permis la réalisation. Le vote de l'"amendement Fabrèges" dans le cadre de la loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction²³⁰⁴ en constitue un parfait exemple²³⁰⁵. L'affaire remonte au 9 octobre 1989, date à laquelle le Conseil d'État avait annulé la création d'une Z.A.C. au bord d'un lac artificiel de montagne au motif que celle-ci, de par son importance, excédait les permissions prévues par l'article L. 145-5 du Code de l'urbanisme²³⁰⁶. Or, l'opération d'aménagement avait déjà largement débuté, et de nombreuses constructions étaient édifiées, lorsque fut rendu cet arrêt. La démolition de ceux-ci, si elle s'avérait techniquement possible, semblait plus utopique une fois intégrés les impératifs économiques et politiques qui s'attachaient au projet. Pour preuve, elle ne fut jamais envisagée, et le gouvernement s'employa au contraire, par le relais du Parlement, à faire voter un texte qui justifierait *a posteriori* la réalisation litigieuse. Après une première tentative infructueuse -l'amendement tombant sous le coup de la jurisprudence constitutionnelle qui interdit l'intégration, dans un texte de loi fiscale, d'une disposition dépourvue de tout lien avec celui-ci²³⁰⁷-, le législateur a régularisé la situation en instaurant une possibilité de dérogation exceptionnelle aux dispositions qui avaient été violées, spécialement adaptée à l'avalisation de l'opération jusqu'alors illégale²³⁰⁸. Le Conseil constitutionnel ne s'étant pas opposé ce "tour de passe-passe" juridique²³⁰⁹, le fait constitué hors-la-loi est désormais acquis,

²³⁰⁴ Texte précité.

²³⁰⁵ Pour un autre exemple tout aussi parlant, on pourra se reporter à l'article 8 de la même loi qui concerne un problème similaire -bien que l'opération paraisse ici plus justifiée- faisant suite à l'annulation de l'implantation de la station d'épuration de Toulon au cap Sicié. Pour plus de détails, voir notamment F. Bouyssou, observations précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.217 ; et J.-L. Lala et Y.-M. Doublet, "La loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction", *Les petites affiches* 29 avril 1994, n°51, p.9.

²³⁰⁶ C.E., 9/10/1989, Sépanso, p.983 ; *Revue Juridique de l'environnement* 1990, p.253, note Ph. Terneyre.

²³⁰⁷ C.C., n°90-277 D.C., 25/07/1990, p.70 ; *Revue française de droit constitutionnel* 1990, p.729, note L. Favoreu et L. Philip.

²³⁰⁸ Pour plus de détails, voir les différents commentaires précités de la loi du 9 février 1994.

²³⁰⁹ Décision n°93-335 D.C. du 21/01/1994, J.O. du 26 janvier, p.1382 ; *La Revue administrative* 1994, p.75, note J. Morand-Deville.

La jurisprudence constitutionnelle sur les validations législatives démontre ici, une fois de plus, sa grande souplesse : le Conseil, pour s'abstenir de censurer l'amendement Fabrèges, se borne en effet à constater que "les dispositions contestées ne procèdent pas à la validation d'une autorisation d'urbanisme annulée par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée". C'est certes juridiquement indubitable, mais n'est-il pas artificiel de dissocier de la sorte l'opération d'aménagement de l'acte juridique dont l'édition n'avait d'autre but que sa réalisation ? Il est vrai que le législateur avait pris ses précautions, présentant la disposition comme une dérogation qui ne vaut

ce qui est de nature, on en conviendra, à choquer même les plus indifférents aux préoccupations de protection de l'environnement.

b) Les faits maintenus par l'administration

De la même manière qu'elle peut éventuellement défendre une norme après l'annulation de son acte-support, l'administration est à même de conforter un acte matériel qui subit pareille mésaventure. On imagine aisément tout d'abord qu'une réticence à effacer une situation de fait en exécution de la chose jugée crée un "acquis", dans les mêmes conditions qu'elle engendre éventuellement une norme acquise²³¹⁰. Mais il faut également aborder le thème de la régularisation, par l'administration, d'une opération matérielle. Cette pratique s'avère assez courante, nous le savons, lorsqu'il s'agit de sauver une construction autorisée par un acte ultérieurement annulé : si un vice de forme motivait cette sanction, il suffira d'une correction *ad hoc* ; en cas de censure au fond, la régularisation s'envisagera par l'entremise d'un changement de réglementation applicable²³¹¹.

2 - Les faits acquis en dehors de toute volonté

Nous ne reviendrons pas ici sur l'idée qu'un fait révolu est systématiquement acquis pour le passé, sans que personne n'y puisse quoi que ce soit. Il s'agit plutôt de souligner que la concrétisation d'un acte matériel résiste parfois à la censure de la décision juridique qui l'autorisait, alors même que ni le juge, ni le législateur n'ont manifesté aucun souhait exprès en ce sens. Les situations matérielles visées apparaissent en effet protégées par une réelle immunité "de fait" : pour ne prendre que quelques exemples, l'annulation d'un décret d'extradition déjà exécuté se heurte quelquefois à l'incarcération de l'étranger en cause, depuis son retour, dans son pays d'origine ; celle d'une D.U.P. à la destruction du bien exproprié²³¹² ; ou encore celle d'une éviction de la fonction publique à l'accident dont a été depuis victime l'agent intéressé, accident ayant entraîné un handicap physique et s'opposant désormais à sa

pas simplement pour le lac de Fabrèges, mais qui est susceptible d'intéresser, à l'avenir, d'autres opérations de ce type.

²³¹⁰ Voir *supra*, I.

²³¹¹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²³¹² Sur ce problème, voir notamment A. Homont, "L'illégalité des déclarations d'utilité publique et les garanties des droits de propriété", *La semaine juridique* 1971, n°2393.

réintégration effective²³¹³. Les jugements qu'est amené à rendre le juge de l'excès de pouvoir en présence de tels éléments intangibles, s'ils procurent une légitime "satisfaction morale" au requérant et ouvrent accessoirement le chemin à une réparation pécuniaire des dommages que l'irrégularité dénoncée lui a fait subir, témoignent une fois encore de l'impuissance du principe de la légalité à faire plier l'"acquis" à ses exigences.

Après avoir dressé le catalogue des divers acquis venant contrarier la toute puissance traditionnelle d'une annulation, il nous reste à déterminer le rôle joué par la même notion dans le cadre des déclarations d'illégalité.

Paragraphe 2. L'idée d'acquis comme borne à la radicalisation de l'exception d'illégalité

La conciliation traditionnellement assurée, dans le cadre du mécanisme de l'exception d'illégalité, entre respect de la légalité et préoccupations de sécurité juridique a joué à l'origine, indiscutablement, au détriment du premier. Un simple exemple nous en convaincra : la jurisprudence n'a-t-elle pas assuré une certaine permanence au règlement reconnu incidemment illégal, alors qu'on le sait, nul ne saurait prétendre à un quelconque droit à son maintien ? Le juge administratif semble aujourd'hui prendre conscience de l'exagération de la protection ancienne de la stabilité juridique sur ce point, et l'obligation d'abroger le texte irrégulier vient tout naturellement en autoriser la disparition pour l'avenir. En somme, la tendance à la radicalisation des effets de la déclaration d'illégalité que nous avons mise en lumière n'est rien d'autre qu'une réévaluation rationnelle des situations protégées. Pour chacune d'entre elles, on s'est posé la question de savoir si elle devait constituer impérativement un "acquis". En cas de réponse négative, la progression du principe de légalité et de ses exigences d'éradication des actes irréguliers pouvait s'envisager. La réponse affirmative imposait au contraire qu'on continue de brider ledit principe, chose qui s'est manifestée de deux manières.

²³¹³ C.E., 16/11/1960, Peyrot, p.625.

I - L'acquis gouverne l'admission de l'exception d'illégalité

Deux corps de règles sont concernés.

A. En modérant l'assouplissement de l'utilité du moyen incident

La tendance actuelle des règles qui gouvernent l'utilité de l'exception est incontestablement à l'adoucissement. Au travers des jurisprudences *Moreels* et surtout *Leclerc* - la première semblant tellement atypique qu'on pourrait légitimement douter de sa représentativité-, le Conseil d'État a manifesté des velléités de rupture du carcan traditionnel qui, par le truchement d'une définition excessivement rigide de l'idée de "mesure d'application", bridait par trop les permissions de remise en cause incidente d'un règlement définitif²³¹⁴. Mais la lenteur et la prudence avec lesquelles progresse la Haute juridiction en ce domaine témoignent de la difficulté qu'il y aura à aller beaucoup plus loin que ce qui a été déjà réalisé. Il faut en effet toujours garder présent à l'esprit que la remise en cause incidente de la légalité d'un acte définitif doit nécessairement revêtir un caractère exceptionnel, sauf à ruiner la fonction de stabilisation des relations juridiques qui s'attache à la forclusion des délais contentieux. S'il semble normal de consentir une dérogation dans le cadre de litiges conditionnés par la régularité de la mesure en question, on ne saurait en revanche autoriser une contestation aussi large que pour une décision non définitive. En d'autres termes, on doit estimer la norme contenue dans un acte qui n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir acquise à l'égard de tous ceux qui ne seront jamais touchés par une mesure dont la légalité est par elle commandée.

B. En restreignant la progression de la recevabilité du moyen incident

Les entorses au principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives ne se conçoivent que dans la mesure où la démarche du requérant ne heurte aucun acquis. Cette affirmation se vérifie en premier lieu à l'égard des "fausses dérogations" audit principe énumérées au Sous-titre précédent : dans chacune d'entre elles, rien ne peut faire obstacle à la contestation incidente de l'illégalité de la décision en cause, soit que le législateur ou un principe de procédure s'y oppose²³¹⁵, soit que la gravité du vice le justifie²³¹⁶. Il en va

²³¹⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

²³¹⁵ A savoir le principe d'indépendance de la juridiction judiciaire.

exactement de même en ce qui concerne les "véritables dérogations" que constituent le contentieux indemnitaire ou celui des opérations complexes : ici encore, l'assouplissement consenti se limite aux hypothèses où aucun acquis ne vient l'entraver. Dans le cas inverse, qui peut prendre une double forme, l'irrecevabilité sera maintenue dans toute sa rigueur.

1 - Irrecevabilité d'une exception dirigée contre une norme dont on pouvait mesurer l'entière portée dès son édicition

Le juge va estimer acquises -c'est-à-dire, ici, imperméables à une contestation incidente fondée sur leur illégalité- les normes posées par un acte non réglementaire définitif dont il était totalement concevable d'apprécier les incidences exactes au moment de son intervention sur la scène juridique. Cela vaut aussi bien dans l'une que dans l'autre des hypothèses traditionnelles de dérogation au principe d'intangibilité :

a) Pour ce qui est du contentieux indemnitaire

Un administré n'est recevable à se prévaloir de l'irrégularité d'un acte non réglementaire définitif à l'appui d'une demande en réparation d'un préjudice lié à son édicition qu'à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une décision purement pécuniaire²³¹⁷. En effet, nous savons que pareille permission aboutirait *de facto* à l'exercice hors délai d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte définitif²³¹⁸. La logique qui gouverne cette solution jurisprudentielle s'inspire de l'idée que l'administré, victime de la décision exclusivement pécuniaire, pouvait apprécier très précisément les conséquences qu'elle emporterait sur sa situation au moment même où elle lui a été notifiée²³¹⁹ : rien n'excuse, dès lors, qu'il ait omis de l'attaquer directement devant le juge de

²³¹⁶ Cf. les hypothèses d'actes inexistantes et frauduleux.

²³¹⁷ Cf. la jurisprudence Lafon précitée.

²³¹⁸ Voir *supra*, Sous-titre précédent.

²³¹⁹ Outre tous les exemples cités lors de la présentation de la jurisprudence Lafon, voir par ex. C.E., S., 16/10/1981, Ville de Levallois-Perret, p.372 : la collectivité requérante, qui se plaignait de l'insuffisance d'une subvention qui lui avait été accordée, était en mesure de jauger avec exactitude le grief que lui occasionnait cette décision dès qu'elle lui fut communiquée.

Voir également C.E., 4/03/1994, Mme Mondon (s'agissant d'un refus d'accorder à une veuve la moitié de la rente viagère d'invalidité dont aurait pu bénéficier son mari).

la légalité²³²⁰. Un parallèle s'impose sur ce point avec la jurisprudence relative aux actes confirmatifs, selon laquelle est estimé irrecevable le recours formé contre une décision qui se borne à rééditer purement et simplement une mesure antérieure devenue définitive²³²¹ : ici non plus, le juge ne souhaite pas autoriser un administré qui avait tout loisir de contester, en pleine connaissance de cause, un acte lors de son édicition, à discuter la légalité de celui-ci au moyen d'une greffe artificielle sur un litige ultérieur²³²². Seule l'existence d'un texte instaurant un droit à contester plusieurs décisions successives identiques pourra infléchir sa position²³²³. L'étude de cette jurisprudence est d'ailleurs révélatrice du sujet réel de préoccupation du juge : par delà son enveloppe juridique, c'est bien la norme initiale qu'il entend protéger, puisqu'il qualifiera d'acte confirmatif celui qui apporte des modifications de pure forme à une décision antérieure²³²⁴, voire qui n'en diffère que par ses motifs²³²⁵.

²³²⁰ En revanche, le juge se montre plus compréhensif en présence d'un acte purement pécuniaire implicite (Cf jurisprudence Dlle Gacon précitée) car il estime sans doute que l'administré concerné était moins à même de connaître sa faculté d'attaquer le silence gardé par l'administration.

²³²¹ Cette solution ancienne (Cf. par exemple C.E., 20/02/1880, Carrière, *Dalloz* 1881.3, p.24, conclusions Gomel) n'intéresse que le cas où la décision confirmée est devenue définitive. Si le délai contentieux n'avait pas couru à son encontre, un recours contre la mesure seconde demeurerait bien entendu recevable, car la modification de l'ordre juridique ne pourrait être considérée comme acquise (Cf. C.E., Ass, 31/05/1985, Ville de Moissac, p.168 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.405 ; *Revue française de droit administratif* 1985, p.652).

²³²² Pour des exemples de décisions estimées confirmatives, voir en particulier C.E., 28/02/1973, Epoux Teyssedre, p.176 ; 8/12/1978, Monclin, p.498 ; et 20/03/1985, O.P.H.L.M. de la Moselle, p.725, *Le Quotidien juridique*, 28 janvier 1988, p.10, note H. Moussa.

A également été analysée comme confirmative la mesure qui se contente de proroger une D.U.P. sans modifier le projet d'expropriation (Cf. C.E., S. 25/05/1979, Dame Bayret, p.239 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, n°10, p.22, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer ; *La semaine juridique* 1980, n°19277, conclusions B. Genevois ; et 14/12/1984, consorts Tacher-Jaime, p.648 ; *Dalloz* 1985, I.R., p.413, obs. P. Bon).

²³²³ Il en va ainsi, par exemple, en matière de réclamations successives relatives à une même imposition en vertu de l'article 1932 du Code Général des Impôts (Cf. C.E., S., 12/07/1974, X..., p.424 ; *Revue de jurisprudence fiscale* 1975, p.9, conclusions B. Martin-Laprade). Pour une étude générale sur la question, voir H. Simonian-Gineste, "L'originalité de la décision confirmative en droit fiscal", *Le Quotidien juridique* des 25 et 27 avril 1990, p.15 et p.8.

²³²⁴ Pour un exemple récent, voir C.E., 27/10/1989, Dauwe, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1990, p.195, conclusions R. Abraham.

La solution est la même lorsqu'une autorité reproduit un texte pris par une autorité différente (C.E., 14/03/1956, Fédération des locataires de la région parisienne, p.120 : est confirmatif l'arrêté du préfet de police qui reprend à son compte les dispositions d'un arrêté ministériel).

²³²⁵ Voir, revenant sur la solution inverse autrefois consacrée, C.E., S., 13/11/1987, Dlle Gondre, p.368 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.39, conclusions O. Schrameck ; *Revue française de droit*

b) Pour ce qui est de la théorie des opérations complexes

Les fluctuations de la jurisprudence dans le domaine des opérations complexes ont plongé la doctrine dans une grande perplexité, et les avis se sont partagés sur son avenir : pour les uns, cette théorie devait nécessairement se dissoudre dans celle des droits acquis²³²⁶, tandis que d'autres, contestant la capacité de cette dernière à l'englober²³²⁷, prônaient au contraire son "approfondissement"²³²⁸. Pourtant, quand on se penche sur l'état actuel des solutions retenues en la matière, se dévoile, en dépit de leur apparente inconstance, une logique de fond qui les relie. Certes, il apparaît clairement que l'idée d'opération complexe constitue un instrument malléable au service du juge administratif, instrument que ce dernier entend bien conserver comme tel²³²⁹. Mais la jurisprudence qui la développe ne semble pas pour autant fantasque. Pour schématiser, nous dirons qu'elle n'autorise en général la remise en cause incidente d'un acte non réglementaire définitif que lorsqu'elle estime que celui-ci n'avait pas, par sa propre vertu, suffisamment averti les administrés qu'ils allaient être concernés au degré où ils le sont par l'opération à laquelle il participe, ou, en d'autres termes, lorsque le grief fait au requérant n'a été réellement matérialisé que par une décision ultérieure²³³⁰. Un rapprochement avec la théorie de l'acte préparatoire nous permettra de mieux saisir de quoi il retourne.

b¹) Le parallèle avec l'idée d'acte préparatoire

administratif 1988, p.58, observations D.L. : la réédition d'un rejet de demande constitue une mesure confirmative alors même qu'elle est fondée sur un motif différent de celui qui sous-tendait le rejet initial, dès lors qu'aucun changement n'affecte ni l'objet, ni le contexte de la décision.

²³²⁶ F. Chevallier, *art. cit.*

²³²⁷ Ainsi, pour L. Barthélémy (fascicule précité, n°120), "la notion de droits acquis manque de la solidité et de la cohérence nécessaire pour constituer le fondement unique d'une théorie aussi importante que l'exception d'illégalité".

²³²⁸ Cf. P. Chrétien, "De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe", *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, *art. cit.* p.22.

²³²⁹ Comme faisait remarquer A. Bacquet, le juge administratif "ne veut être lié par aucune théorie en cette matière et conserver un entier pouvoir d'appréciation" (*Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, rubrique précitée, n°50).

²³³⁰ Voir en ce sens M. Distel, *art. cit.* p.375 : "Le grief causé par la décision initiale est certain, il ne peut même véritablement être considéré comme futur ; il n'est cependant que conditionnel. (...) Le grief ne prendra sa pleine réalité qu'au moment où la décision finale sera prise".

L'élaboration d'une décision administrative se compose parfois d'un certain nombre d'actes dont la seule raison d'être réside précisément dans cette préparation. Leur qualification par le juge de "mesures purement préparatoires" entraînera l'irrecevabilité des conclusions d'annulation formées à leur encontre²³³¹, et leur contestation ne s'envisagera dès lors qu'à l'occasion du litige dirigé contre la décision finale²³³². Quelles sont les raisons qui ont exclu la possibilité de mise en cause immédiate de ce type d'acte ? Elles se révèlent simples à appréhender : on a préféré concentrer le contentieux sur la décision ultime dans la mesure où l'édition de l'acte préparatoire ne permettait pas de déterminer à coup sûr si elle serait prise, ou quel serait son contenu exact²³³³. Reprenons chacune de ces deux hypothèses. La prescription d'un acte n'engendre pas forcément, tout d'abord, une suite positive. Ainsi, en matière d'expropriation, l'arrêté préfectoral ouvrant l'enquête préalable ne débouche pas automatiquement sur la D.U.P., puisque l'expropriant peut parfaitement, en raison d'un changement de circonstances, renoncer à poursuivre son projet, ou bien parce que l'autorité administrative compétente pour se prononcer à l'issue de l'enquête refuse de déclarer l'utilité publique²³³⁴ ou laisse passer le délai prévu à cet effet. Dans d'autres cas, ensuite, il est impossible de savoir en quoi consistera précisément la mesure prévue, comme en témoigne l'exemple d'une délibération de conseil municipal prescrivant l'établissement d'un plan d'urbanisme, le contenu de ce dernier étant toujours déterminé ultérieurement²³³⁵. Réserver dans

²³³¹ Comme nous y avons déjà fait allusion, il existe cependant des exceptions à cette irrecevabilité de principe, telle que celle qui s'attache aux sectionnements de commune (Cf la jurisprudence ville de Massat précitée). M. Pochard, dans ses conclusions précitées sur l'arrêt l'affaire Elections cantonales de Chauffailles (*Revue française de droit administratif* 1991, p.583) a expliqué le sort particulier réservé à ce type d'acte préparatoire par le fait qu'il "étend ses effets sur plusieurs élections successives tant qu'il n'a pas été supprimé, et revêt un caractère permanent".

²³³² On trouve également en jurisprudence l'expression de "mesure non détachable" d'une décision à venir, ce qui revient exactement au même. Voir par exemple C.E., 13/07/1961, Lubrano-Lavadera, p.515 : les notes données au diverses épreuves d'un examen ne sont pas détachables de la décision finale du jury. Voir également C.E., 25/02/1991, Darne, *Droit administratif* 1991, n°191 (même solution s'agissant du refus du président du jury d'accepter la soutenance d'un mémoire présenté au titre de l'examen).

²³³³ Pour paraphraser R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°515.

²³³⁴ Même si cette hypothèse est assez rare en pratique (dans la mesure où des conclusions défavorables ne s'opposent pas à la poursuite de la procédure), elle se rencontre parfois, et ce d'autant que le Conseil d'État a estimé que l'autorité compétente a le devoir de refuser de déclarer l'utilité publique s'il lui apparaît qu'un "motif de droit ou d'opportunité" s'y oppose (Cf C.E., S., 4/06/1954, Commune de Théroutte, p.339 ; et C.E., 20/06/1984, Epoux Démolon, p.646 . *Revue française de droit administratif* 1985, p.224, note B. Pacteau).

²³³⁵ L'identification d'un acte préparatoire dans la prescription d'un plan d'urbanisme était déjà pratiquée au temps où le plan d'urbanisme était prescrit par l'autorité préfectorale. Cf C.E., 5/04/1974, Dame Prébot, p.1096 ; *Actualité juridique, Propriété immobilière* 1975, p.776, note A. Hostiou.

ces deux configurations la contestation contentieuse pour l'édiction de la décision finale permet aux administrés de savoir avec certitude si l'opération leur fait suffisamment grief pour intenter un recours²³³⁶.

b²) Evaluation de la jurisprudence à la lumière de cette comparaison

Bien que les actes dont la théorie de l'opération complexe justifie la contestation indirecte ne constituent pas, nous le savons, des mesures préparatoires²³³⁷, leur rapprochement avec ces dernières s'avère riche en enseignements, tant sont semblables les logiques qui commandent les deux matières. Le commissaire du gouvernement B. Genevois, concluant sur l'arrêt *Société Angélica-Optique Centraix*, reconnaissait que le principe d'intangibilité était mis en échec par l'idée d'opération complexe "dans l'hypothèse où la décision non réglementaire s'insérant dans une procédure administrative et qui n'a pas été frappée d'un pourvoi dans le délai de recours, pouvait légitimement ne pas l'être car les intéressés étaient fondés à penser que la décision en cause ne déboucherait pas nécessairement sur des décisions ultérieures leur faisant grief de façon apparente"²³³⁸. On aperçoit tout de suite une corrélation avec l'idée d'acte préparatoire : ce qui pousse le juge à autoriser la contestation d'un acte non réglementaire définitif, c'est généralement la considération de l'impossibilité, pour l'administré, de mesurer avec certitude la portée exacte de la mesure en question. La jurisprudence relative aux opérations complexes correspond largement à cette dynamique²³³⁹ :

²³³⁶ Il en va évidemment différemment d'un refus de prendre une mesure préparatoire, qui s'oppose au déclenchement d'une procédure et, partant, à l'édiction d'une décision : l'administré peut dès lors mesurer avec certitude le tort que lui cause le défaut de modification de l'ordonnement juridique causé par ce refus. Il est en conséquence normal d'autoriser sa contestation directe, d'autant qu'une solution contraire aboutirait à une immunité totale de cet acte (puisque, par définition, aucune décision ne lui fera suite, qui pourrait fournir l'occasion de sa remise en cause incidente). Cf. par ex C.E., 17/02/1988, Juszezak, p.817, s'agissant du refus d'un président d'université d'autoriser la soutenance d'une thèse.

²³³⁷ En ce qu'elles sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir propre (Cf. *supra*, Sous-titre précédent).

²³³⁸ Conclusions précitées, p.425.

²³³⁹ Même si certaines solutions paraissent devoir y demeurer irréductibles, telle celle qui s'attachait (avant la loi de finances du 31 décembre 1992 précitée) à la combinaison ordre de versement / état exécutoire : on pourrait en effet difficilement soutenir ici que l'administré visé ignorait, au premier stade, quelle serait son obligation définitive. Cette exception notable force notre analyse à la modestie : il ne s'agit pas de fournir une clé qui expliquerait miraculeusement tous les problèmes qu'ont soulevés des générations d'auteurs, mais simplement de tenter de dégager des lignes

* Elle sous-tend tout d'abord à l'évidence les solutions adoptées dans les contentieux de prédilection de cette théorie²³⁴⁰, comme l'attestent les conclusions de M. Gentot sur la décision de Section *Association des propriétaires de Saclas*²³⁴¹ : pour faire admettre au Conseil d'État la contestabilité incidente de l'arrêté préfectoral inscrivant une commune sur la liste de celles où une association de chasse doit être créée, le commissaire du gouvernement a insisté sur le fait que "la décision initiale prise par le préfet ne comporte pas nécessairement, à ce stade de la procédure, des éléments définitivement favorables aux administrés"²³⁴², et que "l'on ne peut exiger d'eux qu'ils saisissent un juge à ce stade préliminaire pour préserver leurs droits"²³⁴³. Cette idée est d'ailleurs généralisable à la plupart des hypothèses qui font jouer des décisions d'espèce, dans la mesure où, pour celles-ci, "l'ignorance des destinataires est, pourrait-on dire, totale ou quasi physique"²³⁴⁴ : l'administré victime de l'opération qu'elles lancent peut simplement s'alarmer à un stade ultérieur de la procédure ; aussi est-il nécessaire de lui ménager une possibilité de contestation incidente de l'acte particulier qu'il n'a pas jugé bon d'attaquer en son temps²³⁴⁵.

directrices de jurisprudence. Rien de plus normal que certaines solutions atypiques refusent de s'y soumettre, et il est sain que, pour des raisons d'opportunité (comme c'est le cas ici, nous l'avons souligné au Sous-titre précédent), le juge puisse se dégager des systèmes les mieux établis.

²³⁴⁰ A savoir tous ceux qui ont été cités au Sous-titre précédent au titre des "manifestations de la théorie".

²³⁴¹ Arrêt et conclusions précités.

²³⁴² "En effet, poursuit-il, l'association peut ne pas se former, elle peut n'être pas agréée, elle peut même éventuellement être radiée de la liste départementale (...)"

²³⁴³ Conclusions précitées, p.138.

Cette exigence aurait de plus l'inconvénient de les contraindre à former des recours de précaution contre les mesures susceptibles de leur préjudicier un jour, au risque d'encombrer inutilement le prétoire.

²³⁴⁴ M. C. Bergeres, *art. cit.*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.8.

²³⁴⁵ Comme le faisait remarquer F. Chevallier, "on ne peut toujours et nécessairement exiger des administrés qu'ils attaquent systématiquement, et à titre de précaution, l'ensemble des innombrables décisions non réglementaires susceptibles de les concerner un jour. Au reste, dans certaines matières, l'enchevêtrement des décisions administratives quotidiennement édictées est tel que les administrés, même les mieux informés et les plus au fait des questions administratives, ne sont pas toujours en mesure d'en évaluer les conséquences tant que ces décisions n'ont pas été concrétisées" (*art. cit.* p.337 ; voir également l'illustration de ces considérations en note 79 (même page)).

* Elle explique également certains cas d'hypertrophie de la théorie que nous avons soulignés. On peut, à ce propos, reprendre l'exemple de l'arrêt *Ville de Vichy*²³⁴⁶ : si le juge autorise la remise en cause incidente de la délibération d'une assemblée sous tutelle à l'appui d'un recours formé contre l'acte qui l'approuve, c'est à l'évidence parce que l'avenir de cette décision est totalement subordonné à l'intervention de ce dernier. Il semble normal, en conséquence, de permettre au requérant de temporiser jusqu'au prononcé effectif de l'approbation, car, auparavant, sa démarche viserait une décision imparfaite et susceptible de péricliter.

* Mais surtout, cette idée est de nature à éclaircir, *a contrario*, quelques hypothèses dans lesquelles le juge n'a pas retenu la qualification d'opération complexe alors que celle-ci semblait pouvoir se justifier²³⁴⁷. Il en va en particulier ainsi pour l'affaire *Juste*²³⁴⁸ : si les tableaux préparatoires établis par chaque ministre ne sont pas contestables au soutien d'un recours contre le tableau général d'avancement des administrateurs civils arrêté par le premier ministre, c'est sans doute, au moins pour partie, parce que leur degré de précision est tel qu'on conçoit que les intéressés soient amenés à les attaquer directement devant le juge de l'excès de pouvoir. Une même logique préside dans le domaine du remembrement rural, matière dans laquelle "la théorie des opérations complexes est sans application (...) alors que les décisions successives destinées à le réaliser illustrent bien ce qu'est une opération complexe"²³⁴⁹. Les justiciables ne sont notamment pas admis, lorsqu'ils critiquent les décisions individuelles de remembrement, à se prévaloir des vices entachant les arrêtés préfectoraux instituant les commissions *ah hoc* et déterminant le périmètre des opérations²³⁵⁰. On est en droit de s'interroger sur les motivations de cette exclusion qui s'avèrent, nous le verrons, multiples. Mais une des principales réside à n'en pas douter dans l'idée que la remise en cause des droits des propriétaires des terres visées par ces actes initiaux est inéluctable dès leur édicition²³⁵¹. Les intéressés ne possèdent dès lors aucune raison valable d'attendre la concrétisation de cette fatalité pour discuter la légalité de l'opération.

²³⁴⁶ C.E., S., 8/07/1955, précité.

²³⁴⁷ Cf. les cas d'"atrophie" de la théorie évoqués au Sous-titre précédent.

²³⁴⁸ C.E., S., 20/07/1971, précité.

²³⁴⁹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°596-3.

²³⁵⁰ Voir respectivement :

- C.E., 27/02/1956, Association des propriétaires du Chesne, p.92 ; 15/12/1976, Ponsin, *Droit administratif* 1977, n°3 ; 4/03/1988, Barrot, p.973 ; 25/01/1989, Thumerel, req. n°45003.

et - C.E., 5/10/1988, Dame Chardonnet, p.973.

²³⁵¹ Cf. notamment les conclusions précitées de M. Gentot sous l'arrêt Association des propriétaires de Saclas, p.138.

Avec M. Distel, nous concluons donc qu'en règle générale, "la reconnaissance de l'existence d'une opération complexe signifie que le juge administratif estime que l'intéressé était fondé à attendre le développement de l'opération plutôt que d'attaquer immédiatement, comme il pouvait le faire, la décision initiale"²³⁵², une estimation contraire aboutissant en revanche au maintien de l'intangibilité de principe de l'acte non réglementaire définitif. Mais la recevabilité de l'exception peut se heurter à un autre obstacle, à un autre acquis.

2 - Irrecevabilité d'une exception susceptible de perturber des situations juridiques acquises

Quand bien même le justiciable ne pouvait évaluer avec certitude les retombées d'un acte non réglementaire, il ne lui sera pas toujours permis de soulever l'irrégularité de celui-ci à l'appui d'une demande en indemnité, ou au soutien d'un recours pour excès de pouvoir intenté contre la décision qui, dans le cadre de l'opération qui le touche, a concrétisé son grief. Encore faut-il que cette contestation incidente ne risque pas de porter atteinte à des situations protégées au profit de tiers. Les deux contentieux concernés nous procureront matière à illustrer de cette prohibition.

a) En ce qui concerne le contentieux indemnitaire

L'arrêt du 3 mai 1963 Sieur *Alaux*²³⁵³, qui ponctue une affaire relativement insolite, dépeint bien le souci manifesté par le juge de plein contentieux de n'autoriser la remise en cause incidente d'un acte non réglementaire qu'à la condition que cette exception ne préjudicie à aucune situation acquise au profit de tiers : un fonctionnaire qui avait été révoqué pour avoir participé à des infractions à la législation sur les prix, avait été débouté de sa demande en annulation du décret prononçant cette sanction. Or, ultérieurement, il avait bénéficié d'une décision de relaxe prononcée par le tribunal de grande instance au motif qu'aucune infraction n'avait en réalité été commise. L'intéressé se prévalait de cette dernière décision pour solliciter une réintégration dans son administration d'origine, ou, à défaut, une réparation des préjudices que lui avait causés sa révocation irrégulière. Le Conseil d'État fit droit à cette dernière demande, déclarant le requérant recevable à s'appuyer sur l'illégalité du décret de révocation ; il

²³⁵² *Art. cit.* p.375 ; voir également l'intéressante idée de "maturité" du contentieux qu'il développe, emprunt au droit anglo-saxon (*ripeness*) qui "exprime la nécessité d'attendre que la controverse soit pleinement développée et que tous les éléments en soient connus".

²³⁵³ *Lebon* p.261 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1963, p.352, chronique J. Fourré et M. Gentot.

rejeta en revanche la première prétention, laissant à l'administration toute latitude pour apprécier si l'intéressé pouvait être ou non rétabli dans ses fonctions. Une telle différence de traitement des conclusions repose sans aucun doute sur des considérations de sécurité juridique : si rien ne s'oppose, dans cette optique, à ce que le requérant excipe de l'illégalité de la décision de révocation définitive pour obtenir des dommages-intérêts légitimes, il ne saurait en revanche se prévaloir de celle-ci pour obliger l'administration à le réintégrer automatiquement, c'est-à-dire à retirer la mesure d'éviction qui a pu créer des droits acquis vis-à-vis de ses anciens collègues.

b) En ce qui concerne la théorie des opérations complexes

Le juge administratif éprouve de la répugnance à retenir la qualification d'opération complexe lorsqu'elle autoriserait une exception d'illégalité ayant une chance de perturber des situations juridiques individuelles acquises. De telles considérations ont sans doute épaulé celles précédemment évoquées pour opposer l'irrecevabilité à la contestation des tableaux préparatoires d'avancement des administrateurs civils ou des arrêtés ordonnant les opérations de remembrement : dans les deux cas, en effet, la remise en cause de ces actes aurait nécessairement des incidences néfastes sur tous ceux qui, à l'inverse du requérant, s'en trouvent satisfaits. On comprend que ceux-ci souhaitent en revendiquer le caractère définitif afin de garantir la stabilité des normes dont ils profitent, et que le juge s'en fasse l'écho en appliquant le principe d'intangibilité dans toute sa rigueur. D'autres exemples de jurisprudences dictées par de pareils motifs peuvent être avancés, telle que l'opposition à l'invocation par un fonctionnaire, une fois les délais expirés, de l'illégalité des notes qui lui ont été attribuées, à l'appui d'un recours dirigé contre les décisions prises au vu de cette notation²³⁵⁴. Certes, il est sûr que l'admission ici d'une opération complexe procéderait de la lecture extensive de la théorie à laquelle on assiste parfois, la "condition de spécificité" n'y étant à l'évidence pas remplie²³⁵⁵. Mais cette entorse supplémentaire pourrait parfaitement se justifier : "le plus souvent, en effet, souligne R. Chapus, les fonctionnaires ne sont incités à réagir à leur notation et à s'interroger sur sa régularité que lorsque ses conséquences se manifestent par des décisions ultérieures"²³⁵⁶. Si le juge n'a pas désiré admettre la contestation indirecte des mauvaises notes définitives

²³⁵⁴ C.E., S., 23/11/1962, Camara, p.627 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1962, p.666, chronique MM. Gentot et Fourné ; *La semaine juridique* 1963, n°13111, note A. Gandolfi ; C.E., 22/11/1963, Vanesse, p.577 ; C.E., 18/05/1979, Menonville, p.634.

²³⁵⁵ Sur cette condition, voir *supra*, Sous-titre précédent.

²³⁵⁶ *Droit administratif général*, t. II, n°221.

attribuées à un agent, c'est sans doute parce que semblable permission fragiliserait les situations des fonctionnaires qui, mis en concurrence avec celui-ci, profitent de leurs retombées²³⁵⁷.

L'acquis borne donc doublement la progression du souci de légalité dans l'admission de la recevabilité de l'exception : le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires définitives ne sera écarté qu'à la condition que l'acte argué d'illégalité n'ait pas concrétisé avec précision le grief du requérant, et que l'admission de cette démarche contentieuse ne compromette pas des situations juridiques qui ont pu se cristalliser sur la base des mesures prétendument viciées. Mais le jeu de l'acquis ne se limite pas à la prévention : son action est également palpable une fois l'illégalité d'un acte incidemment déclarée.

II - L'acquis régit les effets de la déclaration d'illégalité

L'idée d'acquis est doublement sollicitée au stade de la détermination de la portée d'une constatation incidente d'illégalité. Dans un premier temps, c'est elle qui va régler le sort de l'acte désavoué par le juge administratif, avant d'orchestrer les incidences de cette déclaration sur les décisions formant, avec lui, la chaîne d'actes irréguliers concernée.

A. Il commande la permanence de la norme reconnue illégale

Le fait que la norme portée par l'acte reconnu illégal soit estimée acquise fait barrage non seulement à la disparition de ce dernier par la simple vertu de la décision de justice qui a décelé son vice, mais également à la remise en vigueur de la norme dont elle assurait le remplacement.

²³⁵⁷ Voir en ce sens les conclusions B. Genevois sur l'arrêt Société Angélica-Optique Centraix précitées, p.426.

1 - Obstacle à la chute automatique de l'acte irrégulier

Une mise en cause de la légalité d'un acte définitif ne peut produire des résultats identiques à ceux d'une annulation, sauf à dénier toute effectivité à la technique des recours contentieux. Bien évidemment, la mesure dont l'irrégularité est constatée par le juge administratif s'en trouve énormément fragilisée par le jeu combiné des jurisprudences qui interdisent son application et organisent, à terme, son abrogation²³⁵⁸. Mais l'exacte juxtaposition de la déclaration d'illégalité et de la disparition de l'acte qu'elle intéresse paraît impossible à réaliser, car on ne saurait permettre la censure juridictionnelle directe d'une décision protégée par la forclusion du délai d'excès de pouvoir. Le hiatus existant entre le jugement et sa retombée éventuelle - hiatus qui prend la forme, nous le savons, d'une demande d'abrogation formulée par un intéressé²³⁵⁹ - semble en conséquence *a priori* irréductible²³⁶⁰.

2 - Opposition à la résurgence de la norme ancienne

Point n'est question, on s'en doute, de revenir ici en détail sur la solution *Bargain* et les attermoissements qu'elle a engendrés²³⁶¹. Nous rappellerons simplement que, du fait du maintien de principe de l'acte déclaré illégal dans l'ordonnancement juridique dont il vient d'être question, la logique juridique s'oppose à la résurgence de la décision qu'il a remplacée. Voilà à n'en pas douter une remarquable implication de l'idée de norme acquise²³⁶², qui s'avère fortement ancrée en jurisprudence, malgré les assauts qu'elle a subis au cours de ces dernières années. En fait, ceux-ci ont conduit le juge jusqu'à la frontière de l'acquis en question, ligne qu'il ne peut manifestement dépasser de lui-même.

a) Cette limite, que matérialisent les décisions *Assaupamar* et *Ordre des architectes*²³⁶³, niche dans la considération de la vigueur de la décision qui s'offre en remplacement de l'acte reconnu

²³⁵⁸ Voir *supra*, les arrêts Ponard et Alitalia, et leurs développements.

²³⁵⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

²³⁶⁰ Mais *a priori* seulement ; nous verrons plus loin ce qu'il faut en penser (voir *infra*, Titre II, Sous-titré I).

²³⁶¹ Voir *supra*, Partie I, Titre préliminaire ; et Titre I, Sous-titre II.

²³⁶² C'est en effet parce que la norme nouvelle résiste à l'illégalité avérée de l'acte qui lui sert de support que la norme antérieure ne peut ressusciter.

²³⁶³ Jurisprudences étudiées *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

vicié : au cas où cette vigueur n'a jamais cessé, les arrêts cités ont reconnu que la simple déclaration d'illégalité avait une force suffisante pour propulser à nouveau au premier plan la norme qui en avait été écartée, au prix d'une sorte de "mise entre parenthèses" de la mesure incidemment contrôlée ; dans l'hypothèse contraire, l'acte qui a cessé de produire des effets ne saurait revivre du fait de la décision de justice. La ligne jurisprudentielle démontre bien qu'ici, le juge administratif identifie acquis et commutation de la norme : si l'acte irrégulier s'est substitué à un acte ancien dont il a entraîné l'achèvement, la déclaration d'illégalité ne peut rien contre la volonté de condamner ce dernier à appartenir à un passé révolu ; si, inversement, il y a eu seulement mise à l'écart d'une norme qui ne quitte pas pour autant l'ordonnement juridique²³⁶⁴, aucun acquis ne s'oppose à ce que celle-ci reprenne la place qui lui avait été irrégulièrement confisquée.

b) Il semble que la jurisprudence, avec les solutions *Ordre des Architectes* et *Assaupamar*, soit allée le plus loin possible dans le sens de l'effacement de la norme reconnue incidemment illégale. Seul le législateur peut autoriser le juge à franchir un pas supplémentaire, comme en témoigne l'évolution récente du contentieux de l'urbanisme. De l'avis général, en effet, la solution qu'avait adoptée le Conseil d'État au travers de la décision *Assaupamar* - consistant, rappelons-le, à rendre à nouveau applicables les règles nationales lorsqu'un règlement local d'urbanisme était déclaré irrégulier par voie d'exception- se révélait loin d'être satisfaisante en pratique. Elle portait incontestablement préjudice à la sécurité juridique de tous les acteurs de l'urbanisme : à celle des communes, bien évidemment, du fait de la redéfinition des compétences et des procédures qu'entraînait le retour au R.N.U.²³⁶⁵ ; à celle des constructeurs, ensuite, qui pâtissaient de la fragilisation des autorisations obtenues sous l'égide de la réglementation illégale et de l'incertitude pesant sur la détermination des règles applicables ; enfin, et paradoxalement, à celle des associations de sauvegarde de l'environnement qui, étant souvent à l'origine de la mise en cause d'un P.O.S. qu'elles estimaient trop laxiste, se retrouvaient sous l'emprise du R.N.U. qui garantit moins bien les administrés contre les constructions anarchiques. Or, en dépit de ce caractère assurément "dévastateur"²³⁶⁶, il a fallu attendre l'intervention législative que l'on sait - et qui a fait l'objet, sur ce point précis, d'un large

²³⁶⁴ Parce que l'acte irrégulier ne constituait qu'une dérogation à celle-ci (hypothèse *Assaupamar*) ou parce qu'il n'avait pas la force suffisante pour entraîner sa disparition (hypothèse *Ordre des architectes*).

²³⁶⁵ Pour le détail de cette redéfinition, voir notamment J.-L. Lala et Y.-M. Doublet, *Les petites affiches*, 29 avril 1994, *art. cit.*, p.7.

²³⁶⁶ Selon l'expression de F. Bouyssou, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, *art. cit.*, p.208. Dans le même sens, voir Y. Jegouzo, "Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9/02/1994", *Revue de droit immobilier* 1994, p.153, qui estimait que "cette jurisprudence ne pouvait longtemps être maintenue sans désorganiser complètement le dispositif institué par la loi du 7 janvier 1983".

consensus parlementaire²³⁶⁷ - pour voir la solution *Assaupamar* renversée. Sauf à croire le Conseil d'État totalement hermétique aux considérations d'opportunité, on doit estimer que ce dernier ne s'est pas reconnu le pouvoir de décider, de lui-même, la résurrection de la réglementation locale antérieure, en d'autres mots de "remettre en vigueur un régime juridique que la collectivité a voulu abandonner pour lui en substituer un autre"²³⁶⁸. Les effets d'une déclaration d'illégalité, en l'absence de loi destinée à les renforcer, se heurtent donc à la volonté de l'autorité administrative de reléguer une norme au passé, volonté acquise du simple fait que la norme de substitution revêtait un caractère définitif.

c) Un doute sur l'inviolabilité de cette limite pourrait cependant naître d'un arrêt récent, dans lequel le Conseil d'État a reconnu qu'une constatation incidente de l'irrégularité d'une modification de P.O.S. opérée avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 février 1994 avait eu pour effet de remettre en vigueur ce règlement local d'urbanisme dans sa version immédiatement antérieure à cette modification²³⁶⁹. Contrairement à ce que lui proposait son commissaire du gouvernement, la Haute juridiction a ainsi décidé qu'une simple déclaration d'illégalité pouvait, dans ce cas très particulier, faire resurgir une disposition dont l'autorité administrative avait désiré l'abandon. Il convient cependant de ne pas inférer une portée excessive à cette solution. Certes il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une application anticipée des dispositions de la loi qui prévoit, comme on le sait, le retour en vigueur des règles locales d'urbanisme antérieures à celles qui ont indifféremment fait l'objet d'une annulation ou d'une déclaration d'illégalité, une telle rétroactivité étant exclue tant par les travaux parlementaires²³⁷⁰ que par la jurisprudence ultérieure²³⁷¹. Mais lorsque le Conseil d'État s'est prononcé sur ce point de droit qui n'avait jamais encore été tranché, il n'ignorait pas que la solution qu'il privilégierait n'aurait, en tout état de cause, qu'un intérêt secondaire, devant être presque aussitôt relayée par les nouvelles dispositions législatives. Autant dès lors poser une règle en phase avec ces dernières, au prix

²³⁶⁷ Cf J.J. Liard, "Une lecture critique de la circulaire sur l'urbanisme", *Le Moniteur*, 20 mai 1994, p.36.

²³⁶⁸ D. Garreau, "Exception d'illégalité et annulation des P.O.S.", *La Gazette des communes*, 25 avril 1994, p.68.

²³⁶⁹ C.E., 29/07/1994, Bruguier, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme* 1994, n°5, p.19, conclusions S. Lasvignes ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.921, observations C. Debouy.

²³⁷⁰ Cf. en particulier J.O., débats Ass. Nat., séance du 30/11/1993, p.6695.

²³⁷¹ Voir en particulier C.E., S., 27/05/1994, Sté Franck-Alexandre ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.506, chronique C. Maugué et L. Touvet ; *Revue française de droit administratif* 1995, p.43, conclusions S. Lavignes ; C.A.A. Paris, 26/06/1995, Association Plessis, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme* n°7, 1995, p.32, conclusions G. Merloz ; ainsi que, C.E., S., 28/07/1995, S.A. Plâtres Lambert Productions, et (même date) Consorts Alsina (arrêt et avis précités).

d'un "effort"²³⁷² des principes contentieux traditionnels qui, dans ce cadre strictement délimité, pouvait se justifier²³⁷³.

L'acquis n'influence pas seulement les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui en fait l'objet ; il commande également ceux qu'elle produit sur la chaîne d'actes concernée.

B. Il canalise les incidences de la déclaration d'illégalité

Le souci de ménagement de l'acquis dans la chaîne d'actes touchée par une déclaration d'illégalité s'est manifesté de deux manières :

1 - Il découle tout d'abord du principe de l'effet relatif de chose jugée s'attachant à ce type de constatation incidente, qui induit la stricte bipolarité du mécanisme déjà étudiée. Grâce à celle-ci, on enferme les conséquences de la déclaration d'illégalité dans le seul litige qui y a donné lieu, les focalise sur l'acte attaqué au principal qui sera l'unique mesure à chuter en conséquence de l'appréciation portée par le juge. Or ce dernier, par hypothèse non définitif, ne renferme aucun acquis à opposer à cette disparition.

2 - Lorsque la jurisprudence ou article 2 du décret du 28 novembre 1983 ont envisagé une plus large propagation des effets d'une simple déclaration d'illégalité -par l'entremise de l'obligation de retirer les mesures convaincues d'irrégularité-, le risque s'est fait plus grand de rencontrer des normes acquises. Juge et pouvoir réglementaire en ont donc tenu compte, puisque, nous l'avons déjà souligné, cette irradiation trouve sa limite dès lors que les décisions prises sur le

²³⁷² L'expression est empruntée aux conclusions précitées de S. Lasvignes (p.20) pour qui ledit "effort" paraissait "finalement peu opportun".

²³⁷³ Il pouvait se justifier d'autant plus qu'il avait le mérite de calquer les effets de la déclaration d'illégalité de la modification d'un P.O.S. sur ceux de l'annulation d'une telle mesure qui, en vertu de la jurisprudence Commune de Riedisheim dont il a déjà été question, imposaient le retour au P.O.S. initial. Voir en ce sens note C. Debouy précitée, p.923.

fondement du texte reconnu vicié ont engendré des situations protégées²³⁷⁴. L'acquis vient ici contrarier les conséquences que peut exceptionnellement produire la constatation d'une illégalité hors de l'affaire qui l'a suscitée, de la même manière qu'en matière d'annulation, il bride les incidences des jugements dotés de l'autorité absolue de chose jugée.

La notion d'acquis transcende donc la barrière traditionnelle entre annulation et déclaration d'illégalité, voire entre recours pour excès de pouvoir et voies de droit incidentes, puisque son influence se ressent jusqu'en amont du contentieux ; en limitant les effets traditionnels du premier, et en permettant aux secondes, par une identification plus exacte des domaines à protéger, de sanctionner avec une efficacité nouvelle ce qui mérite de l'être, elle a tendu à rapprocher les conséquences des constatations d'illégalité opérées par le juge administratif quel que soit le mode de contestation choisi par les justiciables. Reste à déterminer à qui profitent ses différentes manifestations.

²³⁷⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

SECTION 2. UNE FINALITE VARIABLE

Le concept d'acquis traduit, dans la pratique contentieuse, la prise en compte des différents intérêts qui s'affrontent lorsqu'est contestée la légalité d'une décision administrative²³⁷⁵. Cette mission d'arbitrage constitue son unique destination : pour reprendre les mots qu'employait D. Labetoulle à propos de l'idée de droits acquis, il sert à déterminer "ce qui, dans la dialectique des rapports entre l'administration et l'administré, doit prévaloir de l'autonomie de l'administration ou de la stabilité des situations individuelles"²³⁷⁶. Encore faut-il préciser d'emblée un élément important : des trois acteurs en présence lorsqu'est mise en cause la régularité d'un acte -à savoir le requérant, l'administration et les tiers-, seuls les deux derniers voient leurs intérêts protégés par l'idée d'acquis. L'administré qui entreprend cette démarche contentieuse est en effet réputé, par ce fait même, désirer l'application la plus totale possible du principe de légalité²³⁷⁷. Sa situation n'exige pas du juge qu'il bride les effets de la décision qu'il prononce ; au contraire, plus ceux-ci apparaîtront radicaux, plus elle s'en trouvera confortée. Il en va à l'évidence différemment pour l'auteur de la décision : la disparition de cette dernière, ainsi que de tout ce qu'elle supposait en tant que réalisations concrètes, va nécessairement à l'encontre de la volonté qui l'a édictée. Parallèlement, les tiers qui bénéficient, à un titre ou à un autre, de la présence de l'acte contesté dans l'ordonnement juridique, ne peuvent que se montrer contrariés par sa chute éventuelle. L'acquis offrant, par hypothèse, une résistance à l'illégalité en empêchant la reconnaissance juridictionnelle de celle-ci de se développer pleinement, on comprend qu'il corresponde simplement tantôt au souci de garantie de l'action administrative, tantôt à la préoccupation de ménagement des intérêts des tiers²³⁷⁸.

²³⁷⁵ Nous ne faisons bien sûr allusion ici qu'aux acquis qui procèdent d'une volonté de neutralisation d'une irrégularité. Pour ce qui est des normes et des faits "accidentellement" acquis (à savoir ceux qui le sont par le jeu automatique de certains principes (*non ultra petita*, autorité de chose jugée, résurrection de l'acte antérieur à l'acte annulé) ou phénomènes (faits qui se sont cristallisés à cause de la lenteur à statuer de la juridiction administrative), il ne saurait être question d'une quelconque finalité : on les subit, plus qu'on les désire. Cependant, même à leur égard, on peut deviner certaines priorités dans l'abstention à y remédier, ou dans la manière choisie d'y remédier. Sur ce point, voir *supra* (Partie I, Titre II, Sous-titre I, les développements sur la force incontestable de l'autorité de chose jugée, et la prime donnée à l'efficacité de l'action administrative).

²³⁷⁶ Conclusions précitées sur l'arrêt *Epoux Poissonnier*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.512.

²³⁷⁷ Pour s'en convaincre, il suffit de se remémorer la règle qui lui interdit de renoncer aux effets de l'annulation qu'il a obtenue (Cf. Titre préliminaire).

²³⁷⁸ Il est cependant une hypothèse atypique dans laquelle l'acquis bénéficie au requérant : celle où ce dernier n'a formé à l'encontre d'un acte totalement illégal que des conclusions tendant à son annulation partielle, et qui en visent une partie divisible. Ici, le maintien de la décision illégale dans

Paragraphe 1. Le souci de garantir l'efficacité de l'action administrative

Que l'on se trouve dans les cadres de l'excès de pouvoir ou des voies de droit incidentes, l'acquis assure souvent la pérennité d'actes dans un but avoué ou tu d'épargner l'administration, de ne pas entraver, autant que faire se peut, son action.

I - Manifestations évidentes de cette préoccupation

Afin de gagner en clarté, nous distinguerons encore les deux domaines classiques.

A. Dans le domaine du recours pour excès de pouvoir

1 - Il va de soi, premièrement, que tous les acquis résultant d'une volonté de l'administration répondent au désir de conforter les options qu'elle a privilégiées. L'autorité en cause entend garantir leur survivance en dépit de l'annulation de l'acte qui les concrétisait, et ce souhait se matérialisera tantôt par l'ignorance même de la décision de justice, l'application de la décision étant continuée alors que le jugement est censé s'y opposer, tantôt par la réédiction de la norme en disgrâce, lorsqu'une telle réhabilitation s'avère possible.

2 - Mais un souci affiché de respecter l'action administrative émane également souvent du juge, ou du législateur :

a) Certaines jurisprudences trahissent tout d'abord en effet la préoccupation d'assurer l'effectivité d'impératifs estimés nécessaires au bon fonctionnement des services administratifs. On peut citer à ce propos différentes solutions : celle qui consacre la théorie des fonctionnaires

l'ordonnancement juridique après simple amputation des dispositions contestées procède bien d'une volonté affichée du justiciable ; la norme acquise l'est à son profit.

de fait, dont l'objectif exprès est d'atténuer les retombées de l'annulation de la nomination d'un agent susceptible d'affecter les décisions qu'il a été amené à prendre, et par là même de perturber outrageusement le fonctionnement régulier des services publics ; la jurisprudence *Deberles*, ensuite, qui tend, à l'instar de bien d'autres règles situées hors de notre propos²³⁷⁹, à protéger les deniers publics et à empêcher que de trop lourdes sujétions financières ne pèsent sur les collectivités débitrices²³⁸⁰ ; le principe, enfin, qui veut que la faute du fonctionnaire qui n'a pas respecté un acte ne soit pas effacée par l'annulation de ce dernier²³⁸¹, principe destiné, on le sait, à affermir l'obligation de discipline indispensable à la cohésion de la fonction publique.

b) Les interventions législatives tendant à modérer les conséquences d'une annulation s'inscrivent dans des logiques similaires : que ce soit en matière de validations, dont une des principales justifications constitutionnelles repose, nous l'avons dit, dans le souci d'assurer la nécessaire continuité des services publics²³⁸², ou lors de limitations *a priori* des effets d'une censure juridictionnelle -par création ou consolidation d'une situation donnée²³⁸³-, il s'agit toujours de garantir la bonne marche de l'administration contre les obstacles susceptibles d'être engendrés par la constatation, au contentieux, d'une irrégularité. Le législateur dispose évidemment d'une certaine liberté d'appréciation sur la nécessité d'ériger tel ou tel acquis. Ainsi, le caractère définitif qui a été conféré au transfert de compétence pour la délivrance des autorisations d'urbanisme par la loi du 7 janvier 1983²³⁸⁴ s'inscrivait-il dans un programme global ambitionnant d'engager l'administration locale dans un mouvement irréversible de

²³⁷⁹ Comme notamment le principe classique de l'insaisissabilité des biens et des deniers publics. Cf. T.C, 9/12/1899, Association syndicale du canal de Gignac, p.731 ; *Sirey* 1900.3, p.49, note M. Hauriou. Et plus récemment, C. Cass., 1^{ère} civ., 21/12/1987, Bureau de recherches géologiques et minières c/ Sté Lloyd Continental, *Bull. civ.*, I, n°348, p.249 ; *Revue française de droit administratif* 1988, p.771, conclusions L. Charbonnier, note B. Pacteau ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1988, p.107, note L. Richer ; *La semaine juridique* 1989, n°21183, note B. Nicod ; *Revue trimestrielle de Droit civil* 1989, p.149, chronique R. Perrot.

²³⁸⁰ "Pratiquement, le système de l'indemnité est préférable à tout autre. Le rappel du traitement imposait aux collectivités publiques, et en particulier aux petites communes, une charge extrêmement lourde, qui était surtout choquante lorsque la mesure d'éviction était annulée pour un simple vice de forme mais justifiée au fond". P. Weil, *op. cit.* p.231.

²³⁸¹ Voir la jurisprudence Lavigne citée à la Section précédente.

²³⁸² Cf. notamment la décision n°85-192 du Conseil constitutionnel en date du 24/07/1985 (décision précitée) : l'intervention du législateur était estimée "indispensable pour assurer la continuité et la bonne marche du service public".

²³⁸³ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²³⁸⁴ *Ibid.*

décentralisation. L'intérêt dont l'acquis assure ici la défense est encore celui de l'administration, appréhendé non plus objectivement, mais en fonction d'un choix politique.

B. Dans le domaine de l'exception d'illégalité

Quelques règles qui commandent l'exception d'illégalité ont été dictées par le même souci de défense de l'action administrative. Elles contribuent à lui maintenir la stabilité normative dont elle a besoin, en s'opposant à des remises en cause abusives d'actes dont on pouvait légitimement penser qu'ils s'intégraient durablement à l'ordonnement juridique.

1 - Cette philosophie est par exemple à l'origine des principes qui gouvernent l'utilité de l'exception, car il paraîtrait totalement anormal de permettre à un administré quelconque, dont le grief ne serait pas individualisé et actualisé par une mesure récente directement influencée par la décision irrégulière, de contester au contentieux cette dernière alors que les délais d'excès de pouvoir sont depuis longtemps expirés à son encontre. On l'a vu, l'administration profite, au même titre que les particuliers, du confinement temporel des possibilités de recours²³⁸⁵ : aussi l'acquis encadre-t-il strictement les permissions de protestation incidente consenties contre un acte administratif au travers des règles gouvernant leur utilité.

2 - Le principe qui s'oppose à la disparition automatique de la décision indirectement reconnue viciée et, corrélativement, à la résurgence de la norme ancienne, se situe dans une semblable perspective. Rien ne serait en effet plus perturbateur pour l'administration que de se retrouver, à la suite d'une simple déclaration d'illégalité d'un acte qu'elle croyait consolidé par l'expiration des délais contentieux, devant un vide juridique, voire de devoir appliquer la norme qu'elle avait entendu délaissier. L'acquis vient, ici encore, éviter ces désagréments qui préjudicieraient incontestablement à l'action administrative.

²³⁸⁵ Cf. *supra*, Titre préliminaire, les développements sur l'impératif de stabilité des relations juridiques.

Voir également G. Tixier, "Les effets de l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir", *Dalloz* 1957, chron. p.25 : "s'il convient que le recours en annulation assure le contrôle juridictionnel de l'Administration, l'ordre social postule que la sécurité juridique soit maintenue aussi bien à l'égard des administrés qu'à l'égard de la Puissance publique".

II – Manifestations plus diffuses de cette préoccupation : l'exemple du contentieux contractuel

Le souci de ménager l'intérêt de l'administration – supposé se confondre avec l'intérêt général – n'apparaît pas toujours avec une égale clarté lorsqu'un acquis vient contrarier la chute d'un acte illégal. L'exemple du contentieux contractuel va une fois de plus être sollicité car, de la même manière que la présence d'un acquis ne s'y perçoit pas au premier abord, il s'y avère malaisé de déterminer immédiatement à qui profite celui-ci. On pourrait être en effet tenté de croire *a priori* que l'acquis contractuel a vocation naturelle à protéger uniformément les deux parties concernées. C'est une vision erronée : si le juge a veillé à ce que les contrats conclus par l'administration ne puissent être facilement remis en cause sur l'intervention d'un tiers, c'est avant tout pour des considérations d'intérêt général. En d'autres mots, c'est l'intérêt de l'administration – bien plus que celui de son cocontractant – qui va primer en la matière. Et la possibilité exceptionnelle que le préfet s'est vu octroyer d'intenter un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats conclus par les collectivités locales ne ruine pas cette première approche : elle nous donne au contraire l'occasion de l'affiner, en mettant en lumière une hiérarchie entre les différents intérêts publics que le juge est tenu de prendre en considération.

A. La détachabilité contribue à assurer la nécessaire continuité des services publics

La construction opérée par l'arrêt *Lopez* joue par hypothèse, nous le savons, pour les contrats sans rapports directs avec l'exécution d'un service public²³⁸⁶. Si sa complexité garantit, dans une certaine mesure, les conventions concernées des retombées de l'annulation d'un acte détachable ; cette immunité se révèle malgré tout beaucoup plus faible que celle qu'assure la technique de la détachabilité aux conventions qui, à l'inverse, contribuent à mener à bien une telle mission : l'administration pourra alors, en effet, faire valoir l'impératif de continuité des services publics pour prévenir une éventuelle intervention du juge de l'astreinte²³⁸⁷. Ici, la prudence traditionnelle du juge administratif n'est pas motivée par une prise en compte homogène des droits que les parties tiennent de la convention qu'elles ont signée, mais par la déférence traditionnellement marquée envers le gestionnaire de l'intérêt général. La situation du cocontractant privé s'en trouvera certes corrélativement confortée, puisque le contrat auquel il est partie ne pâtira pas de l'annulation contentieuse obtenue par le tiers, mais ce sera simplement par ricochet. Cette différence d'estime à l'égard des divers intérêts en présence ne doit pas surprendre ; elle constitue une constante dans le régime du contrat administratif. Au nom de la primauté de l'intérêt général et des nécessités de service public, ont été admises de multiples règles par essence inégalitaires, telles que notamment les pouvoirs de modification ou

²³⁸⁶ Voir *supra* Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²³⁸⁷ Voir sur tous ces points, Cf. *ibid.*, notamment les développements sur l'avis de 1989.

de résiliation unilatérales reconnues à l'autorité administrative signataire²³⁸⁸. C'est le même souci que sous-tend également toute la théorie de l'imprévision²³⁸⁹ : le cocontractant est tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations dans l'intérêt du service public quelle que soit la gravité des difficultés inopinées qu'il rencontre, et c'est à cette seule condition qu'il pourra prétendre à l'indemnité destinée à compenser le bouleversement de l'économie du contrat²³⁹⁰. Pareille considération a enfin été avancée, par certains, pour tenter de justifier le principe consacré depuis de très nombreuses années par la jurisprudence administrative²³⁹¹ selon lequel le cocontractant de l'administration est irrecevable à solliciter du juge du contrat l'annulation des mesures prises à son encontre par cette dernière et notamment des décisions de résiliation : une telle censure serait « dangereuse parce qu'elle - troublerait - la continuité du service public en imposant à l'administration pour des tâches placées sous sa responsabilité des concours techniques auxquels elle répugne »²³⁹². Au regard de cette prédominance omniprésente de l'intérêt public dans le régime des contrats administratifs, on ne s'étonnera pas de voir celui-ci une fois de plus privilégié lorsqu'il s'agit de garantir une convention contre les retombées d'une annulation d'acte détachable. Et si le législateur ainsi que le juge ont semblé, dans un domaine particulier, abandonner leur réserve traditionnelle sur ce point, c'est qu'un intérêt public supérieur l'a exigé.

B. La raison du traitement de faveur consenti au déféré préfectoral

Il est une hypothèse où l'intérêt des parties, y compris celui de l'administration contractante, n'est plus protégé par la technique de la détachabilité : celle issue des lois de

²³⁸⁸ Ces pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales dans l'intérêt du service sont tous deux réputés appartenir à l'autorité contractante « en vertu des règles applicables aux contrats administratifs ».

Voir respectivement (et entre autres) :

- CE., 2/02/1983, Union des transports publics urbains et régionaux, p. 33 ; *Revue française de droit administratif* 1984, p. 45, note F. Llorens ; *Revue du droit public*, 1984, p. 212, note J-M. Auby et

- CE., Ass., 2/02/1987, Société T.V.6, p. 28 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p. 29, conclusions M. Fornacciari.

²³⁸⁹ Voir notamment C.E., 28/11/1952, Société coopérative des ouvriers et techniciens du bâtiment, p. 542 : « la théorie de l'imprévision (...) a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité de l'exécution du service public ».

²³⁹⁰ L'interruption de l'exécution du contrat sans force majeure constitue en effet une faute du cocontractant et prive celui-ci, en tout état de cause du droit à indemnisation au titre de l'imprévision : Cf. notamment C.E., S., 5/11/1982, Société Propétrol, p. 380 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1983, p. 259, conclusions D. Labetoulle ; *Dalloz* 1983, p. 245, note J-P Dubois ; *La semaine juridique* 1984, n° 20168, note M. Paillet.

²³⁹¹ Cf. initialement C.E., 20/02/1968, Goguelot, p. 198 ; et plus récemment C.E., 29/06/1990, Centre hospitalier de Moutiers, *Droit administratif* 1991, n° 460.

²³⁹² J. Baudoin, conclusions sur l'arrêt Société de la vallée du Lautaret (C.E., 6/11/1970, p. 654), *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p. 105. Voir dans le même sens la chronique D. Labetoulle et P. Cabanes, *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p. 653, qui considèrent cette justification du principe évoqué comme « très forte, peut-être même décisive ». Soulignons cependant le peu de cohérence d'ensemble de la jurisprudence dans ce domaine, certaines exceptions consenties à la règle de l'irrecevabilité – notamment en matière de contrats de concession – se concilient très difficilement avec la préoccupation ainsi avancée (voir notamment sur ce point Ph. Terneyre, *Etudes et documents du Conseil d'État* 1988, art. cit. pp. 91/92).

décentralisation concernant les conventions passées par les collectivités locales²³⁹³. Ici, le Conseil d'État a reconnu que le législateur avait, par exception, entendu doter le préfet d'une faculté d'exercer, par le biais du déféré, un véritable recours pour excès de pouvoir à l'encontre desdites conventions²³⁹⁴. Qui plus est, un arrêt récent vient implicitement d'affirmer que cette prérogative ne se cantonne pas aux seuls contrats soumis à l'obligation de transmission prévue par la loi du 2 mars 1982, mais concerne au contraire toutes les conventions susceptibles d'être signées par les collectivités locales²³⁹⁵. Nous sommes donc en présence d'une exception significative à l'exclusion de principe du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, non seulement de par le nombre de conventions susceptibles d'y être soumises, mais également du fait qu'elle ouvre indirectement cette voie de droit aux tiers, ces derniers pouvant solliciter le préfet afin qu'il défère la convention qu'ils contestent. La plupart des auteurs ont exploité cette construction atypique en vue de démontrer le caractère totalement artificiel de l'utilisation de la technique de la détachabilité en matière contractuelle, et nous adhérons complètement à leurs conclusions²³⁹⁶. Mais on peut parfaitement s'expliquer la raison de la permission unique ainsi octroyée : elle repose dans l'idée que le contrôle administratif prévu par le dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution – contrôle fondamental, qui distingue notre organisation administrative de celle des États fédéraux – doit permettre « la sauvegarde des intérêts nationaux »²³⁹⁷ et de la légalité générale. Ces deux impératifs l'emportent en tout état de cause sur les intérêts des collectivités locales, fussent-ils exprimés dans un cadre contractuel. C. Maugué, dans ses conclusions sur l'affaire *Département de la Sarthe* sus-évoquée, l'a exprimé en ces termes devant le Conseil d'État : « Que le déféré soit exercé sur des actes transmis ou sur des actes non soumis à obligation de transmission, le préfet se trouve en fin de compte dans la même position particulière, différence de celle du simple citoyen, de garant de la légalité et de l'intérêt général. Si votre jurisprudence s'est efforcée de traiter le déféré comme une requête comparable aux autres (...), le préfet n'en est pas pour autant un requérant ordinaire. Il n'a par exemple jamais à établir son intérêt à agir. Dans ces conditions, il nous paraît artificiel de vouloir faire du préfet un requérant de droit commun en lui interdisant la voie du recours pour excès de pouvoir contre des contrats au motif que sont en cause des conventions non soumises à obligation de transmission »²³⁹⁸. Le représentant de l'État, garant des intérêts publics nationaux et du respect des règles de droit, bénéficie donc d'un statut contentieux idoine : cette qualité lui permet, en intentant un recours pour excès de pouvoir contre les conventions signées par les collectivités locales sans passer par le filtre de la détachabilité, de faire prévaloir les intérêts qu'il défend sur ceux des parties, et notamment sur ceux du cocontractant public. Il est d'ailleurs aisé de se rendre compte que c'est bien le rôle dévolu au préfet qui autorise cette particularité, et non la nature des conventions concernées, puisque les tiers demeurent

²³⁹³ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²³⁹⁴ Cf. jurisprudence Commune de Sainte-Marie Précitée.

²³⁹⁵ C.E., 4/11/1994, Département de la Sarthe, arrêt précité : le Conseil d'État ne déclare pas irrecevable le déféré du préfet intenté contre la convention passée entre un département et deux organismes sociaux relative à l'organisation et au fonctionnement du service social départemental, alors qu'un tel contrat ne figure pas au nombre de ceux qui doivent être transmis au préfet pour devenir exécutoires (Cf. conclusions C. Maugué précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p. 989).

²³⁹⁶ Sur ce point, voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²³⁹⁷ Voir, reprenant la formule du texte même de l'article 72, C.C., décision n° 82-137 DC, Lois de décentralisation I, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* n° 35.

²³⁹⁸ Conclusions précitées, p. 899.

irrecevables à solliciter directement l'annulation de ces dernières. Au surplus la jurisprudence *Brasseur*²³⁹⁹, en soustrayant les refus préfectoraux de déférer un acte donné – qu'il soit unilatéral ou multilatéral – à tout contrôle, achève de nous convaincre que seuls les intérêts dont le représentant de l'État à la charge, à l'exclusion de tout autre considération, justifie l'entorse concédée à la protection traditionnelle des situations contractuelles.

L'acquis ne bénéficie pas simplement à l'autorité administrative. Dans de nombreux cas, au contraire, ce sont les administrés qui profiteront de sa propriété de consolidation d'une norme ou d'un fait nonobstant l'irrégularité de la décision qui leur servait de support.

Paragraphe 2. Le souci de garantir la stabilité des situations individuelles

Certains acquis répondent exclusivement à la nécessité d'assurer aux particuliers la sécurité juridique minimale qu'ils peuvent légitimement attendre d'un État de droit ; d'autres conjuguent cette préoccupation à celle précédemment évoquée de sauvegarde de l'action administrative, voire découlent indirectement de cette dernière.

I - Un paramètre parfois prééminent

Les hypothèses correspondant principalement au souci de stabilité des situations créées au profit de tiers recourent à celles où est mis en avant le principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs²⁴⁰⁰. Il s'en situe, comme on l'a montré, dans le domaine de l'annulation, localisées essentiellement dans la jurisprudence qui sauve d'une chute par voie de conséquence les décisions qui ont engendré des droits acquis sur la base de l'acte illégal, aussi bien qu'en matière d'exception. Ici, elles découlent directement des principes qui régissent la recevabilité d'un tel moyen - en particulier de la prohibition de remise en cause d'une décision individuelle, passé le délai prévu pour sa contestation -, et des précautions prises par la jurisprudence et les

²³⁹⁹ Jurisprudence précitée.

²⁴⁰⁰ Cela s'explique aisément, puisque, comme le soulignait R. Muzellec, "l'idée générale de protection des individus est toujours sous-jacente" dès lors qu'on fait référence à la théorie des droits acquis (*op. cit.*, p.185). Voir également M. Vlachos, pour qui "les droits acquis ne sont pas autre chose que la transposition dans le domaine du droit administratif des droits subjectifs, instruments de combat du libéralisme contre l'étatisme" (*art. cit.*, *La Revue administrative* 1970, p.413).

textes lorsqu'ils souhaitent se départir de la bipolarité traditionnelle du mécanisme en permettant à la déclaration d'irrégularité de produire certains effets hors du litige qui lui a donné lieu²⁴⁰¹.

II - Un paramètre parfois concurrencé

Il est des acquis qui, bien que contribuant directement à la consolidation de situations individuelles, partagent cette préoccupation avec celle de ménager l'action administrative et ses exigences. Certains d'entre eux n'appellent guère de commentaires, telles les validations législatives dont le vote, nous l'avons vu, peut viser à assurer non seulement la nécessaire continuité des services publics, mais également le déroulement normal des carrières des fonctionnaires²⁴⁰². D'autres s'avèrent plus intéressants, car une prise en compte variable des deux objectifs peut entraîner, à leur égard, des fluctuations de jurisprudence ou de texte. Ce fut notamment le cas des solutions successivement adoptées pour déterminer les conséquences de l'annulation des P.O.S.

A. L'exemple de l'emploi de la technique de dissociation en matière d'urbanisme

1 - Si le juge a posé le principe selon lequel les autorisations d'urbanisme ne sont pas des actes d'application du P.O.S., c'est dans le but avoué d'empêcher que l'illégalité de celui-ci n'entraîne automatiquement leur chute²⁴⁰³. La solution, consacrée par la jurisprudence *Gepro*, permet principalement d'"éviter que ne soient systématiquement remis en cause les droits des constructeurs de bonne foi et que des atteintes excessives ne soient portées à la stabilité des relations juridiques"²⁴⁰⁴. Il importe en effet, aux yeux de la Haute Assemblée, d'avantager les bénéficiaires de permis par rapport aux tiers susceptibles de contester ceux-ci en invoquant le non respect des réglementations en vigueur ; et cette protection apparaît particulièrement renforcée, puisque seule l'hypothèse extrême de l'indissociabilité avec le P.O.S. annulé -

²⁴⁰¹ Nous faisons bien sûr allusion à l'application de la jurisprudence *Dame Cachet* à l'obligation de retirer un acte illégal et à l'article 2 du décret du 28 novembre 1983 précités qui prennent toujours soin de préserver les droits des tiers.

²⁴⁰² Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²⁴⁰³ Pour plus de précisions sur ce problème, Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²⁴⁰⁴ D. Delpirou, note précitée sous l'arrêt *Raccat*, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1991, p.381.

indissociabilité entendue de façon fort restrictive comme quasi synonyme de détournement de pouvoir²⁴⁰⁵ - rétablira l'annulation par voie de conséquence²⁴⁰⁶.

2 - Mais le raisonnement du Conseil d'État ne profite pas simplement aux constructeurs privés ; il prend également en considération de solides impératifs administratifs. M. Louis-Lucas l'a récemment relevé²⁴⁰⁷ : les grands projets d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, qui recourent des choix politiques souvent fondamentaux, "ne peuvent être remis en cause à tout instant comme de simples actes administratifs au sens strict. On conçoit alors que législateur et juges tombent d'accord pour leur assurer un minimum de stabilité. De là résulte le régime très restrictif des recours en annulation".

B. Les fluctuations dans la prise en compte des intérêts en cause

La nécessité de satisfaire différents intérêts qui ne vont pas forcément de pair conduit parfois à des changements radicaux dans l'état du droit, selon que la protection de l'un d'entre eux devient prioritaire. Cela s'est justement produit dans le domaine étudié.

1 - A la suite de l'adoption de la jurisprudence *Gepro*, des voix s'élevèrent pour dénoncer les travers de la construction proposée par M. Vigouroux et consacrée par le Conseil d'État. De nombreuses critiques portèrent sur le caractère pour le moins byzantin des règles posées, qui ont en effet de quoi désorienter plus d'un requérant²⁴⁰⁸. Mais il en était une plus capitale, qui

²⁴⁰⁵ Voir *supra*. Le commissaire du gouvernement Toutée, dans ses conclusions précitées sur l'arrêt Assaupamar, considérait même ce caractère comme "exagérément" restrictif. Explicitant ce point de vue, M. Jégouzo (note précitée), démontre que cette conception préfère à la protection de l'environnement celle des titulaires d'autorisations d'urbanisme et immunise les permis délivrés alors même que ceux-ci le sont, par exemple, sur la base d'un P.O.S. dont l'illégalité provient du fait qu'il manque dans son dossier l'étude d'impact requise par l'article L.123-17 du code de l'urbanisme.

²⁴⁰⁶ C'est ce même souci de protection qui impose au requérant de soulever lui-même, dans le cas où le permis contesté est dissociable du P.O.S. annulé, la contrariété entre ce permis et la réglementation remise en vigueur du fait de cette annulation (Cf. *supra*, la présentation des différentes hypothèses distinguées par la jurisprudence *Gepro*) ; il y a incontestablement là un obstacle de taille dressé sur la route d'un particulier ou d'une association désirant obtenir l'annulation d'un permis.

²⁴⁰⁷ "Le particularisme du droit de l'urbanisme", *Les petites affiches*, 21 novembre 1994, n°139, p.17.

²⁴⁰⁸ Cf. notamment Y. Jégouzo (note précitée sous l'arrêt Assaupamar, p.6), se déclarant "de plus en plus partagé entre la séduction qu'opère sur lui la belle mécanique juridique mise en place et son

s'intégrait dans une réflexion générale sur les excès de la décentralisation en matière d'urbanisme. En garantissant aux autorisations qu'elles délivraient une stabilité certaine, la jurisprudence *Gepro* était de nature à conforter le sentiment d'omnipotence voire d'immunité des autorités communales, créé par le cumul des pouvoirs entre leurs mains²⁴⁰⁹.

2 - Ces considérations amenèrent le Conseil d'État à apporter un important tempérament au système initialement mis en place, par le biais de l'arrêt *Commune de Saint-Palais-sur-mer c/ Association des amis de la Pointe de Nauzan et autres*²⁴¹⁰, en reprenant à son compte un raisonnement déjà suivi dans une affaire antérieure²⁴¹¹ :

a) A l'occasion de l'affaire *S.C.I. les granges blanches*, le Conseil d'État avait estimé que, si l'article L.421-2-1 du code de l'urbanisme qui dispose que "le transfert de compétence au maire agissant au nom de la commune est définitif" s'opposait, en cas d'annulation du P.O.S., au retour à la compétence de l'État pour délivrer les permis de construire²⁴¹², le maire devait, dans ce cas précis, recueillir l'avis conforme du préfet avant de procéder à de telles délivrances. Il s'agissait en fait d'une interprétation assez audacieuse de la lettre de l'article L.421-2-2 du code de l'urbanisme prévoyant que "pour l'exercice de sa compétence, le maire (...) recueille (...) l'avis conforme du représentant de l'État lorsque la construction est située sur une partie du

scepticisme croissant quant à la possibilité d'en faire comprendre la logique au justiciable". Dans le même sens, Cf. C. de Montgolfier, dont les conclusions précitées sur l'arrêt *Raccat* fustigeaient les "méandres" de la jurisprudence *Gepro*.

²⁴⁰⁹ Cf. notamment MM. Charles et Hocreître, commentaire précité sur le Rapport du Conseil d'État relatif à l'urbanisme, *Revue française de droit administratif* 1992, pp.711 : "les autorités de la commune, maire ou conseil municipal, ont à la fois le pouvoir d'élaborer la réglementation, celui de délivrer les autorisations individuelles prises sur le fondement de cette réglementation, et celui de réprimer les infractions à ces règles" ; dès lors, elles "voient mal pourquoi elles doivent refuser un permis de construire alors qu'elles ont le pouvoir de modifier la réglementation qui fait obstacle à ce qu'il soit délivré".

²⁴¹⁰ C.E., 25/11/1991, arrêt précité.

²⁴¹¹ C.E., 5/02/1988, *S.C.I. les granges blanches*, p.1081, jurisprudence précitée.

²⁴¹² Conformément à l'article L.412-2 du code de l'urbanisme qui veut que le permis de construire soit instruit et délivré au nom de l'État dans les communes non dotées d'un P.O.S..

Voir également C.E., 11/07/1990, *Syndicat de défense du Cap d'Antibes*.

A noter qu'au contraire, en matière de Z.A.C., le transfert de compétence au nom de la commune n'étant pas définitif, le préfet redevient seul compétent pour créer une telle zone ou approuver un P.A.Z. après annulation du P.O.S. : Cf. C.E., 25/11/1991, *Association des amis de St-Palais-sur-Mer*, req. n° 103 773.

territoire communal non couverte par un P.O.S. (...) opposable aux tiers". En effet cet article, prévu pour les communes dans lesquelles un P.O.S. n'est en vigueur que sur une partie déterminée de leur territoire, n'avait *a priori* aucune vocation à s'appliquer aux cas dans lesquels l'ensemble du P.O.S. d'une commune avait disparu du fait d'une annulation juridictionnelle²⁴¹³. M. Fornacciari approuvait pourtant cette solution, en mettant en avant qu'"il est plus facile d'admettre le maintien de la compétence au maire malgré la disparition du P.O.S. si le maire est, dans ce cas, lié par l'avis du préfet"²⁴¹⁴. C'est ce même raisonnement qu'allait utiliser la Haute juridiction dans l'arrêt *Commune de Saint-Palais-sur-mer*. Combinée à la solution du même jour qui s'opposait à la résurrection des documents d'urbanisme locaux antérieurs hors le cas - tout à fait rare en pratique- prévu par la jurisprudence *Association pour la protection du site du Vieux Pornichet*²⁴¹⁵, l'obligation d'avis conforme préfectoral avait pour but de priver d'une grande partie de ses effets la jurisprudence *Gepro* ainsi que ses développements ultérieurs, du moins en ce qui concernait les permis accordés²⁴¹⁶. En effet, l'annulation du P.O.S. faisant généralement resurgir les dispositions du R.N.U. qui, jusque là, étaient mises entre parenthèses, et non la réglementation locale antérieure dont seule la remise en vigueur aurait autorisé le maire à se passer de la consultation préalable du représentant de l'État, les permis délivrés sur le fondement de ce P.O.S. étaient le plus souvent entachés d'illégalité "puisque rares sont les permis octroyés après avis du préfet, lequel avant l'annulation du P.O.S. n'avait pas lieu d'être consulté par le maire"²⁴¹⁷. Et cette arme contre le permis était d'autant plus redoutable que ce vice n'avait pas à être expressément mis en avant par le requérant, en vertu d'une jurisprudence classique du Conseil d'État selon laquelle le défaut d'avis conforme entache non la procédure mais la compétence, et constitue de ce fait un moyen d'ordre public que le juge s'autorise à soulever d'office²⁴¹⁸.

b) Il était aisé de deviner dans ce renversement de tendance une réponse aux principales critiques dont avait fait l'objet le système antérieur. Il semblait en premier lieu tenir compte de l'avis de ceux qui voyaient dans les solutions initiales une protection trop renforcée des

²⁴¹³ Il avait au contraire vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où un P.O.S. est annulé en tant qu'il intéresse telle ou telle zone.

²⁴¹⁴ Note précitée.

²⁴¹⁵ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²⁴¹⁶ Les solutions concernant les refus n'étaient bien évidemment pas affectées par la solution nouvelle, puisqu'il ne pouvait alors être question d'avis conforme du préfet.

²⁴¹⁷ Note J. Morand-Devilleier précitée, p.11, reprenant l'argumentation du commissaire du gouvernement M. Tabuteau.

²⁴¹⁸ C.E., 29/01/1969, Chanebout, p. ?

bénéficiaires du permis au détriment des tiers requérants, et plus particulièrement des associations de défense de l'environnement²⁴¹⁹. Mais, surtout, le changement jurisprudentiel faisait écho aux préoccupations nées de la trop grande concentration des pouvoirs à l'échelon local, en pratiquant une sorte de "recentralisation de l'urbanisme"²⁴²⁰ inavouée. Il aurait été impossible, pour des raisons politiques, d'effectuer une marche arrière ouvertement destinée à réduire les prérogatives des autorités municipales, en dissociant par exemple les détenteurs du pouvoir d'arrêter les réglementations d'urbanisme de ceux qui délivrent les autorisations individuelles dans ce domaine. La solution *Saint-Palais-sur Mer* fut alors sans doute envisagée pour oeuvrer en ce sens de façon beaucoup plus discrète, en rétablissant, lorsque les autorités locales avaient commis une illégalité dans l'édition du P.O.S., un "droit de regard" de l'État sur les autorisations délivrées, par le biais de l'exigence de l'avis conforme du préfet. Cela devait en outre conduire normalement les maires, confrontés à un recours juridictionnel contre le P.O.S. de leur commune, à solliciter cet avis avant même que le juge ne se soit prononcé, seul moyen, dans la logique de l'arrêt *Saint-Palais-sur-mer*, de prévenir les conséquences sur les autorisations délivrées d'une éventuelle annulation du plan contesté.

c) Cette habile manœuvre jurisprudentielle démontre à quel point l'acquis est tributaire des priorités qu'assigne le juge à tel ou tel intérêt qu'il a à prendre en compte : qu'une préoccupation de protection des bénéficiaires des permis de construire l'emporte sur toute autre considération, et voici que la Haute juridiction privilégie l'idée, jusqu'alors négligée²⁴²¹, qui veut que les autorisations d'urbanisme ne puissent être analysées comme des actes d'application de la réglementation locale ; qu'un souci de limiter la concentration des pouvoirs de la commune se fasse jour, et voilà que la première optique passe subitement au second plan, l'intérêt d'une bonne administration -tel qu'interprété par le Conseil d'État- primant le respect des situations individuelles, nécessairement fragilisées par la nouvelle lignée jurisprudentielle²⁴²².

²⁴¹⁹ Voir notamment la note Y. Jégouzo sous l'arrêt Assaupamar précitée.

²⁴²⁰ Selon l'expression de MM. Charles et Hocreître, commentaire précité.

²⁴²¹ Sur ce point, voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I, la présentation de la jurisprudence Gepro.

²⁴²² Comme le soulignait J.-B. Auby en effet, même si le Conseil d'État n'était pas pour autant revenu fondamentalement sur la précédente construction, puisque les autorisations d'urbanisme demeuraient théoriquement des actes généralement dissociables de la réglementation locale, ces dernières, "confrontées non pas au plan antérieur mais aux règles applicables dans une commune sans plan d'occupation des sols, (...) avaient peu de chances d'en réchapper" (commentaire de la loi du 9 février 1995 précité, *Revue française de droit administratif* 1995, p.35).

3 - Les vicissitudes du sort des autorisations délivrées sur la base d'un P.O.S. annulé ne se sont pas arrêtées là, car l'intérêt des titulaires de permis de construire et celui de la décentralisation ont à nouveau pris le pas sur ceux que la jurisprudence *Saint-Palais-sur-Mer* avait favorisés. Il faut dire que de nombreux auteurs et praticiens s'accordaient à qualifier de "dévastateurs"²⁴²³ les effets de cette dernière. Du fait du nombre très élevé des communes ayant connu l'annulation de leur P.O.S. (180 environ à la fin de 1994, dont de très grandes agglomérations²⁴²⁴), innombrables étaient les autorisations susceptibles d'en pâtir par voie de conséquence. Qui plus est, beaucoup soulignaient l'inadéquation du système jurisprudentiel avec la dynamique mise en place par le législateur de 1983²⁴²⁵. C'est pourquoi est intervenue la loi du 9 février 1994 dont il a été déjà été question à plusieurs reprises : en rétablissant le principe de résurgence, en lieu et place du R.N.U., du règlement local d'urbanisme antérieur au document annulé, le Parlement a restauré du même coup l'efficacité initiale de la jurisprudence *Gepro*, dans la mesure où l'avis conforme du préfet ne sera plus exigé que dans l'hypothèse - rare en pratique²⁴²⁶ - où le plan censuré était un plan initial. On a donc assisté à un dernier changement de priorité (mais cette fois-ci au niveau législatif), qui a revalorisé la stabilité des situations des titulaires d'autorisations en mettant fin à la surprotection des requérants auxquels la jurisprudence *Saint-Palais-sur-Mer* donnait pratiquement l'assurance d'obtenir, en conséquence de l'annulation d'un P.O.S., celle des permis qu'il avait fondés.

III - Un paramètre parfois accessoire

Le souci de garantir les situations individuelles peut occuper une position délibérément subsidiaire par rapport à celui de garantie de l'efficacité de l'action administrative. Nous nous en sommes déjà rendu compte à propos du contentieux du contrat, dans lequel le cocontractant privé bénéficie indirectement du maintien de la convention prévu essentiellement pour ne pas perturber la bonne marche du service public. D'autres acquis correspondent au même schéma, comme le prouve clairement le jeu de la théorie des fonctionnaires de fait : la préoccupation

²⁴²³ Selon l'expression de F. Bouyssou, commentaire précité de la loi du 9 février 1994, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.213.

²⁴²⁴ Cf. rapport Ass. Nat. n°765, p.23.

²⁴²⁵ Voir notamment sur ce point les conclusions L. Chocheyras sur le jugement du tribunal administratif de Grenoble du 23/12/1993, Mlle Sabatier et autres, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.233.

²⁴²⁶ La plupart des plans existants résultent en effet, au moins dans les agglomérations un tant soit peu importantes, de révisions de documents antérieurs (Cf. notamment le Rapport du Conseil d'État de 1992 précité sur l'Urbanisme).

principale du juge, en dégageant celle-ci, était de ne pas perturber le fonctionnement de l'administration dans laquelle avait servi l'agent irrégulièrement nommé ; la jurisprudence a cependant accepté de prendre accessoirement en considération la situation de ce dernier, notamment, on le sait, en validant, pour le décompte de l'ancienneté et la détermination des droits à pension de retraite, les services qu'il a assurés dans l'intervalle entre sa nomination et la censure juridictionnelle de celle-ci²⁴²⁷.

L'idée d'acquis, en servant à la fois de vecteur à la pénétration du recours pour l'excès de pouvoir par des éléments subjectifs, et d'instrument de contrôle de la progression du souci de légalité en matière de voies de droit incidentes, a dépassé la distinction traditionnelle des effets des différentes constatations d'illégalité. Bénéficiant tantôt à l'activité administrative, tantôt aux situations des tiers, elle représente un sanctuaire protégé des retombées de la décision juridictionnelle ; et, corrélativement, laisse le champ libre à la sanction de l'illégalité dans les zones qu'elle ne couvre pas. Mais la séduction qu'opère ce bel agencement ne doit pas faire oublier qu'il recèle, en pratique, de très nombreuses imperfections.

²⁴²⁷ Cf. les jurisprudences Naudascher et Hennequin citées à la Section précédente.

TITRE II

IMPERFECTIONS DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE

TRADITIONNEL

Effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité se révèlent à l'heure actuelle beaucoup moins contrastés que ceux que nous exposaient les théories originelles : chacune des voies de droit ne se plie aux exigences de la légalité que dans la mesure où aucun acquis ne vient y faire obstacle. On ne saurait cependant se satisfaire de cette analyse, et clore ainsi la présente étude, sans jeter un regard critique sur l'état actuel du droit dont de multiples aspects appellent, pour certains la réserve, pour d'autres le blâme. Nous distinguerons une fois encore les deux modes de contestation, dans la mesure où chacun encourt un reproche spécifique. Dans le domaine de l'annulation sera à déplorer un ensemble d'anomalies gangrénant différents acquis que nous avons pu identifier ou dont on regrettera l'absence (Sous-titre I) ; dans celui de l'exception, il s'agira plutôt de mettre en lumière la prudence exagérée qui freine encore la concrétisation des exigences de la légalité (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I

DIFFICULTE A AGREER LES DEFAUTS DE L'ACQUIS EN MATIERE D'ANNULATION

L'ensemble des acquis s'opposant, lorsqu'est prononcée une annulation, à la disparition d'une norme ou d'un acte matériel renferme un certain nombre de solutions discutables à de multiples égards. Une distinction s'impose toutefois d'emblée, afin de bien cerner ce qui fera l'objet des présents développements :

- Il convient dans un premier temps de souligner l'existence, dans la plupart des acquis volontaires, d'une part incompressible d'arbitraire. Qu'il émane du juge, de l'administration ou du législateur, le choix de sauvegarder tels ou tels faits ou normes peut toujours se contester en opportunité. Ici, c'est la reconnaissance du caractère créateur de droits d'une décision épargnée par le juge ou la qualification d'acte dissociable que l'on discutera²⁴²⁸ ; là, ce sera plutôt le désir de réhabiliter la norme contenue dans un acte annulé manifesté par l'autorité administrative²⁴²⁹, ou l'intervention du législateur en vue de protéger une situation fragilisée par un jugement d'excès de pouvoir²⁴³⁰. Seule une appréciation au cas par cas permet, dans ces hypothèses, de se prononcer sur le bien-fondé de l'analyse pratiquée par ces diverses autorités. On ne saurait en conséquence globalement avaliser ou condamner ce type de techniques. Leur utilité n'est plus à prouver, et le fait qu'elles puissent donner lieu à certains abus ne saurait en justifier une critique systématique²⁴³¹.

²⁴²⁸ La notion de droits acquis étant, on le sait, éminemment fonctionnelle, la détermination des décisions susceptibles d'en créer n'est soumise à aucun critère prédéterminé ; la qualification pratiquée par la jurisprudence au cas par cas suppose donc un large pouvoir d'appréciation du juge, en d'autres mots un certain arbitraire de celui-ci.

²⁴²⁹ Dès lors qu'aucun texte ne l'oblige à édicter la norme en question, le choix de la reprendre à la suite d'une annulation juridictionnelle procède simplement d'une libre appréciation de l'opportunité de la mesure litigieuse.

²⁴³⁰ L'intervention du législateur, bien qu'en principe dictée par des impératifs d'intérêt général, s'avère souvent en effet principalement commandée par considérations politiques, par nature discutables. Cf. notamment l'"amendement Fabrèges" de la loi du 9 février 1994 dont il a été question au Sous-titre précédent, issu d'une farouche pression des élus de montagne (sur ce point, voir notamment Y. Jégouzo, *Revue de Droit Immobilier* 1994, article précité, p.154).

²⁴³¹ Encore que certaines de ces techniques puissent faire l'objet de réserves un peu plus marquées. On pense en particulier à l'emploi de la détachabilité en matière contractuelle, du fait de la viabilité avérée d'un recours pour excès de pouvoir direct à l'encontre d'une convention (Cf. supra, Partie I, Titre II, Sous-titre II). Mais on ne saurait pas plus, dans ce dernier cas, parler d'acquis systématiquement abusif, puisqu'il s'agit avant tout de protéger la réalisation d'une mission de service public, comme il l'a été démontré au Titre précédent.

- Nous nous intéressons donc essentiellement, dans le cadre de ce Sous-titre, aux acquis dont le caractère excessif se prête à une conceptualisation minimale et, par voie de conséquence, à des propositions d'aménagements concrets. Certains d'entre eux sont le fait de la seule juridiction qui prononce l'annulation considérée (Chapitre 1) ; d'autres émanent plutôt d'une conjonction des comportements du juge et de l'administration qui a édicté la mesure frappée par la censure de l'excès de pouvoir (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. POUR CE QUI EST DES ANOMALIES IMPUTABLES AU SEUL JUGE

L'attitude du juge de l'excès de pouvoir suscite parfois la création d'acquis manifestement excessifs. Encore convient-il de déterminer, avant toute chose, comment identifier ces derniers. En fait, un acquis revêt incontestablement un caractère abusif dans deux cas de figure :

- soit dans l'hypothèse où il n'est dicté par aucun impératif de stabilité juridique ou d'efficacité de l'action administrative. Le sauvetage de la norme ou du fait auquel il procède se révèle la résultante accidentelle du jeu de certains principes ou phénomènes mal contrôlés²⁴³².

- soit dans celle où il revient à imposer indûment la volonté du juge à l'administration. La plupart des acquis, nous l'avons souligné au Titre précédent, résistent à l'illégalité car une autorité en a manifesté le désir. Législateur, juge, et administration disposent, chacun à son niveau, du pouvoir de s'opposer dans certaines circonstances aux effets drastiques qu'une annulation est censée produire sur la norme portée par l'acte qu'elle frappe. Toutefois - et ce point est fondamental -, aucune de ces autorités ne saurait valablement interférer dans la sphère réservée à une autre d'entre elles afin d'imposer à cette dernière le maintien d'un acte frappé par la censure juridictionnelle. Sont ainsi naturellement protégées les prérogatives du juge administratif : si le législateur peut, par son intervention, court-circuiter les conséquences néfastes d'une annulation, on sait que le Conseil constitutionnel veille à ce que la validation effectuée ne puisse remettre en vigueur un acte déjà censuré en excès de pouvoir²⁴³³ ; de la même façon, l'administration n'est en principe autorisée à réhabiliter la norme contenue dans une décision annulée qu'après correction des vices qui ont suscité cette disgrâce, sauf à violer l'autorité de chose jugée. Mais le juge administratif, lui-même, se voit imposer des sujétions commandées par l'intégrité desdites sphères de compétence : ainsi, sa décision d'épargner telle ou telle norme ne doit pas, par principe, le conduire à faire acte d'administrateur. Sera ainsi estimé abusif le sauvetage juridictionnel d'un acte par modification exagérée de son contenu.

Le domaine de l'annulation partielle s'avérera particulièrement intéressant s'agissant de ce problème d'acquis abusif, dans la mesure où on y pourra identifier les deux catégories qui viennent d'être présentées ; les difficultés qu'éprouve le juge à parer au phénomène de la lenteur à statuer intéresseront quant à elles plus particulièrement la première d'entre elles. Il conviendra en conséquence de formuler, sur ce double terrain, des propositions tendant à gommer les excès dénoncés.

²⁴³² Ainsi pourrait-on également qualifier d'acquis abusif le jugement répressif définitif qui s'oppose à la pleine exécution de l'annulation ultérieure du règlement sur la base duquel il a été rendu (sur ce problème, et sur les solutions à préconiser en la matière, voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I).

On peut également renvoyer ici au problème du conflit de choses jugées en matière d'annulation de règlements répressifs

²⁴³³ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

SECTION 1. NECESSITE D'ATTENUER LES ACQUIS ENGENDRÉS PAR LES REGLES GOUVERNANT L'ANNULATION PARTIELLE

Le juge de l'annulation témoigne quelquefois d'une prudence excessive dans le maniement de certains concepts ou principes, réserve qui conduit à la constitution d'acquis que rien ne saurait justifier. C'est le cas lorsque, saisi de conclusions tendant à une simple amputation d'acte administratif, il se trouve confronté à la règle qui lui interdit de statuer au delà des limites ainsi tracées. Inversement, toujours dans ce cadre, il lui arrive de faire preuve d'une audace contestable, en sauvant de la censure la partie non contestée de la norme alors qu'elle ne correspond plus à la volonté de l'autorité qui l'avait édictée. Autant de pratiques qui méritent aménagement, ce qui, d'ailleurs, ne soulèverait pas de difficultés majeures.

Paragraphe 1. S'agissant des acquis liés à la timidité du juge devant la règle de *non ultra petita*

Les règles qui gouvernent l'annulation partielle conduisent quelquefois, nous l'avons montré, à ce qu'un acte illégal attaqué devant le juge de l'excès de pouvoir subsiste en tout ou partie. Cet acquis ne procède en général d'aucune volonté particulière²⁴³⁴ et ne sert aucun intérêt fondamental ; il ne constitue qu'un effet fâcheux de la règle de procédure qui interdit au juge de statuer au delà des conclusions dont il a été saisi²⁴³⁵. Ne pourrait-on dès lors, dans les cas où cela s'avère particulièrement nécessaire, mettre à l'index ce principe procédural ? Certaines données issues de la jurisprudence administrative, conjuguées à l'exemple fourni par le contentieux constitutionnel, laissent en présager la potentialité.

I - Les ressources du contentieux administratif

Trois éléments précis démontrent que le contentieux administratif est à même, sans révolution excessive, de remédier au problème que lui pose la rigidité de la règle qui enferme le juge dans les stricts contours de la requête.

A. La mise à l'écart de la règle du *non ultra petita* en matière d'actes inexistant

Initialement, la logique du *non ultra petita* était appliquée rigoureusement même dans le domaine de l'inexistence, ce qui débouchait sur des aberrations indéniables : ainsi a-t-on assisté parfois au prononcé, pour indivisibilité des mesures visées, de l'irrecevabilité d'une requête visant partiellement une nomination pour ordre²⁴³⁶, alors qu'un tel acte est censé, en l'absence même de toute intervention juridictionnelle, n'avoir aucune consistance juridique²⁴³⁷. Le

²⁴³⁴ Sauf lorsque le requérant n'a attaqué qu'en partie un acte globalement illégal, afin de continuer à bénéficier des dispositions qui, quoiqu'irrégulières, lui profitent.

²⁴³⁵ Sur tous ces points, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²⁴³⁶ C.E., 8/01/1971, Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour des Comptes, p.26 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.672.

²⁴³⁷ Se référer *supra* aux développements concernant ce type d'actes.

raisonnement s'est heureusement inversé, depuis 1981, avec l'arrêt d'Assemblée *Maurice*²⁴³⁸ : saisi d'un recours, le juge constata l'inexistence des deux volets de la nomination pour ordre²⁴³⁹, alors qu'un seul d'entre eux avait été contesté. Mais s'il s'agit bien là d'une attitude qui s'apparente au fait de soulever d'office des conclusions²⁴⁴⁰, on ne doit pas oublier que le juge se voyait ici confronté non à une illégalité pure et simple, mais à un acte nul et non avenu. L'entorse à la règle du *non ultra petita* s'imposait donc avec une force singulière. Il semble en revanche plus utopique d'exiger du juge qu'il censure les dispositions épargnées par les conclusions du demandeur lorsqu'elles sont entachées d'une simple illégalité. A y regarder de plus près cependant, on s'aperçoit que l'obstacle n'est pas aussi insurmontable qu'on pourrait le croire de prime abord.

B. La relative fragilité de la règle du *non ultra petita*

Dans quelques hypothèses, le juge se ménage à l'égard de la règle étudiée une certaine liberté. M. Auby a ainsi inventorié les cas dans lesquels les juridictions administratives s'autorisaient à statuer *ultra petita*²⁴⁴¹. Le plus intéressant d'entre eux trouve sa source dans les affaires où, par le biais de l'interprétation des prétentions du requérant²⁴⁴², le juge arrive à censurer des dispositions qui, quoique n'étant pas précisément celle visées par le recours, lui apparaissent implicitement mises en cause. Ainsi, dans l'arrêt *Delcambre*²⁴⁴³, le Conseil d'État a-t-il considéré que les conclusions dirigées contre une décision atténuant une sanction pouvaient être regardées comme mettant également en cause, par voie de connexité, la décision initiale. Parallèlement, l'interprétation des termes de la requête conduit parfois la juridiction saisie à réorienter le recours vers une autre décision que celle qu'entendait voir annuler le demandeur²⁴⁴⁴. Enfin, et c'est essentiel pour nous, une telle requalification a déjà poussé le juge, bien que saisi d'une demande d'annulation partielle, à procéder à une censure totale de l'acte en cause²⁴⁴⁵.

Même si, dans ces hypothèses, le juge semble encore lié par la volonté - cette fois implicitement formulée - du requérant²⁴⁴⁶, on voit poindre une certaine fragilisation de la règle l'enfermant dans les limites des conclusions qui lui sont communiquées. Cette impression s'affirme lorsqu'on apprend que ladite règle, en tant que règle générale de procédure, est "une norme présentant largement un caractère supplétif"²⁴⁴⁷, à savoir qu'elle peut être écartée non seulement par un texte législatif mais également par simple décret, ou tout bonnement par une

²⁴³⁸ Arrêt précité.

²⁴³⁹ Sur cette technique, Cf. *supra*, l'idée d'acte quasi inexistant.

²⁴⁴⁰ Voir conclusions A. Bacquet précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.89 : "à partir du moment où vous êtes amenés à constater la nullité d'une nomination pour ordre, vous ne pouvez pas ne pas relever d'office la nullité de la nomination subséquente".

²⁴⁴¹ *Mélanges Waline, art. cit.*, p. 277.

²⁴⁴² Pour une présentation générale de ce problème, Cf. C. Debbasch, "L'interprétation par le juge de la demande des parties", *La semaine juridique* 1982, I, n°3085.

²⁴⁴³ C.E., 8/12/1950, p.608.

²⁴⁴⁴ Voir par exemple C.E., 22/03/1961, Enard, p.202 : transfert des conclusions visant une décision implicite de rejet sur le décret qui fait l'objet du recours administratif ayant provoqué cette décision.

Voir également C.E., 3/10/1979, Lasry, p.358 : demande tendant à l'annulation d'une décision d'un organisme collégial considérée comme visant en réalité la décision ministérielle qu'elle a confirmée.

²⁴⁴⁵ C.E., 29/11/1933, Abbé Roussel, *Dalloz* 1934, III, p.7, conclusions Rivet. La date de cette décision ne doit pas alarmer, car nous nous intéressons simplement ici aux virtualités offertes par le contentieux.

²⁴⁴⁶ M. Auby le souligne (*art. cit.* p.278, note 29).

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.277.

autre règle générale commandant l'instance²⁴⁴⁸, et que le juge n'en considère pas la violation suffisamment grave pour constituer un moyen d'ordre public²⁴⁴⁹. Tout cela fait regretter l'application aveugle et restrictive de cette règle lorsqu'elle conduit aux effets pervers - déjà dénoncés - de l'indivisibilité, et fait espérer un éventuel assouplissement de la jurisprudence à ce propos.

C. La faculté d'assouplissement de la règle du *non ultra petita*

A la lumière de tout ce qui précède, espérer non certes un renversement total, mais de légers tempéraments de la rigueur excessive de la règle qui nous intéresse ne semble pas une chimère. Le juge ne doit pas systématiquement s'enfermer dans les stricts contours des conclusions dont il est saisi quand l'annulation partielle ou l'irrecevabilité de la demande conduit à préserver tout ou partie d'un acte gravement illégal²⁴⁵⁰. En effet, même si l'interdiction de l'*ultra petita* maintient le plus souvent l'intervention juridictionnelle dans l'espace qui doit être le sien, la mise à l'écart ponctuelle de cette règle générale de procédure s'avère souhaitable, lorsque du moins il apparaît avec une évidence suffisante que la décision dont seules certaines dispositions ont été attaquées est entachée, dans son ensemble, d'une illégalité manifeste.

1 - Les hypothèses concernées

On pense particulièrement aux cas dans lesquels un moyen d'ordre public aurait pu être ou a été effectivement soulevé à l'encontre de l'acte contesté : ainsi par exemple, dans l'affaire *Angéras* précitée²⁴⁵¹, il semble qu'une annulation totale et non partielle de la décision globalement illégale, entraînant le réexamen par l'administration du dossier du requérant et la prise d'une décision régulière par l'autorité compétente, aurait constitué une issue plus satisfaisante au regard du principe de légalité que ne l'a été la solution retenue. La présence de moyens d'ordre public induirait parallèlement le renversement de la solution Société Pavita qui oppose l'irrecevabilité à une demande d'annulation partielle d'un acte indivisible "quelle que soit la nature des moyens invoqués contre la décision attaquée"²⁴⁵². Nous nous trouvons assurément là dans un "cas où il paraît légitime et normal d'aller au delà de la chose demandée"²⁴⁵³. Enfin, dans certains cas ponctuels - voire exceptionnels - comme l'affaire *Fédération nationale des industries chimiques*²⁴⁵⁴, où l'irrecevabilité apparaît vraiment insatisfaisante au regard des exigences du principe de légalité, une telle attitude pourrait également se justifier.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.277 ; M. Auby cite à titre d'exemple celle qui fait obligation au juge de statuer sur les dépens et qui, même en l'absence de toute conclusion des parties en ce sens, ne saurait, en vertu de la jurisprudence Dame veuve Cacard, constituer un *ultra petita*.

²⁴⁴⁹ C.E., 13/10/1961, Ville de Marseille, p.567

²⁴⁵⁰ Sur ce point, Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² Arrêt précité.

²⁴⁵³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°782.

²⁴⁵⁴ Arrêt précité ; Cf. *supra*, Partie I.

2 - Un aménagement concevable

M. Auby a montré combien l'interdiction de se prononcer sur des conclusions dont il n'a pas été saisi est inhérente, par delà le principe selon lequel il ne peut se saisir d'office, à "une certaine conception procédurale à laquelle le droit français demeure, sauf exceptions limitées, attaché : celle du juge "passif"²⁴⁵⁵. En dépit de cet état d'esprit qui imprègne sans nul doute l'ensemble du contentieux administratif - et qui sévit en particulier au niveau des conséquences des jugements prononcés²⁴⁵⁶-, il nous faut relever un procédé qui, bien que jumeau de l'indivisibilité, aboutit à étendre les effets d'une décision juridictionnelle à des mesures qui n'ont fait l'objet d'aucune conclusion spécifique : il s'agit de l'annulation par voie de conséquence entendue au sens large²⁴⁵⁷. On sait qu'en vertu de ce mécanisme, une annulation peut avoir des incidences sur des mesures tellement liées à l'acte censuré que leur chute s'impose naturellement à l'administration, qui doit en prendre acte sans que le juge n'ait à la prononcer effectivement. Ce phénomène découle il est vrai de l'effet absolu conféré à l'annulation ; mais si une "indivisibilité" *lato sensu* joue de la sorte, en dehors de l'acte attaqué, un rôle indéniablement *ultra petita*, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas en aller exceptionnellement de même, à l'intérieur de celui-ci, quand la constatation de l'irrégularité de la disposition attaquée trahit à l'évidence celle de la mesure qui l'englobe. D'ailleurs certains commissaires de gouvernement laissent transparaitre sur ce point moins de scrupules que n'en manifeste le Conseil d'État. Les conclusions M. Pochard sur l'arrêt de Section du 7 mai 1993 *Pierret*, bien qu'intéressant le contentieux électoral, apparaissent en cela extrêmement révélatrices, puisqu'elles poussaient le Conseil d'État, saisi d'une simple demande d'annulation partielle, à admettre la possibilité d'un prononcé de censure globale, en particulier "lorsque la demande (...) est fondée sur des griefs de nature à entraîner de plein droit l'annulation totale"²⁴⁵⁸.

On pourrait toutefois s'inquiéter, en cas d'admission même très circonscrite de la possibilité de statuer *ultra petita*, du respect du principe fondamental qui impose un caractère contradictoire à la procédure administrative contentieuse²⁴⁵⁹. Comment, en effet, faire respecter ce principe qui exige que soient discutés avant le jugement tous les moyens et conclusions, lorsque le juge s'autorise à dépasser les termes de la requête ? Il s'agit là en fait d'une fausse difficulté : le Conseil d'État contraint depuis longtemps le juge à communiquer aux parties les moyens qu'il soulève sans y être obligé par leur caractère d'ordre public²⁴⁶⁰. Il en irait donc

²⁴⁵⁵ *Art. cit.*, p.269.

²⁴⁵⁶ Voir notamment, au Chapitre suivant, le problème de l'inexécution des décisions de justice.

²⁴⁵⁷ Voir *supra*, Partie I, Titre préliminaire.

²⁴⁵⁸ Conclusions précitées, *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.505.

²⁴⁵⁹ Le Conseil d'État le qualifie en effet de principe général du droit : C.E., Ass., 12/10/1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, p.370 (arrêt précité).

²⁴⁶⁰ *Ibid* : le Conseil d'État annule une disposition d'un décret en tant qu'elle n'imposait pas au juge de provoquer les observations des parties avant d'user de sa faculté de soulever d'office certains moyens.

Cette obligation de communication s'est d'ailleurs trouvée renforcée, pour ce qui est des moyens d'ordre public, par le décret n°92-77 du 22 janvier 1992 (J.O. du 24/01, p.1180) dont l'article 2 prévoit que "lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent présenter leurs observations".

Sur ce décret, voir V. Haim, "L'obligation d'informer les parties sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse", *Les petites affiches*, 4 mars 1992, p.6 ; B. Pacteau, "Du nouveau en procédure administrative contentieuse : la "communication des moyens d'ordre public"", *Revue française de droit administratif* 1992, p.480 ; et R. Schwartz : "Un perfectionnement du caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse", *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.203.

automatiquement de la sorte en cas de conclusions relevées d'office, puisqu'évidemment la juridiction concernée ne serait jamais tenue d'y procéder.

Sans bouleverser les grandes "lois" du contentieux administratif, il existe donc un expédient pour remédier aux effets pervers de l'interdiction de statuer au delà du cadre du débat fixé par le demandeur. Ce remède pourrait de plus se prévaloir, dans une certaine mesure, de quelques solutions adoptées par la jurisprudence constitutionnelle.

II - L'inspiration du contentieux constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a recours à l'*ultra petita* dans deux types de situations²⁴⁶¹. Même si ces procédés se révèlent liés à la spécificité du contrôle constitutionnel français, ils sont susceptibles, par certains de leurs aspects, d'inspirer une évolution de la jurisprudence administrative.

A. Les deux modes d'*ultra petita* employés par la jurisprudence constitutionnelle

1 - Le jeu de l'"inséparabilité"

L'article 22, Chapitre II, Titre II de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose : "dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée"²⁴⁶². Cette idée d'inséparabilité, qui s'apparente à la notion d'indivisibilité en contentieux administratif, a déjà corrélativement servi à la juridiction constitutionnelle pour contrôler certaines parties du texte qui lui était partiellement soumis ne faisant pas l'objet de conclusions spécifiques. Ainsi, à l'occasion d'une décision de 1973²⁴⁶³, le Conseil s'est autorisé à annuler l'entier article d'un texte de loi dont seul un alinéa était contesté, au motif de l'inséparabilité de ce dernier de l'ensemble dudit article. Le concept d'indivisibilité est donc ici utilisé à des fins radicalement inverses de celles de son équivalent en contentieux administratif : c'est la même règle qui tantôt permet, tantôt prévient l'*ultra petita*.

Ce maniement de l'inséparabilité a été critiqué, non seulement compte tenu des circonstances dans lesquelles il a été pratiqué - il procédait en l'espèce d'une analyse très douteuse, dans la mesure où, en l'occurrence, la suppression de la seule disposition contestée ne présentait aucun inconvénient²⁴⁶⁴ -, mais également dans son principe même, comme constituant une "interprétation très extensive de l'article 22 de la loi organique"²⁴⁶⁵. Pourtant, dans d'autres cas de figure, l'inséparabilité ne peut que conduire le juge constitutionnel à statuer *ultra petita*. On songe notamment à l'hypothèse où il serait saisi en termes volontairement restrictifs d'une loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un traité ou accord international : dans une pareille hypothèse, pour peu que le texte concerné interdise aux États de lui apporter

²⁴⁶¹ Pour une présentation détaillée du problème, voir T. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica 1994.

²⁴⁶² Inversement, selon l'article 23, lorsque la disposition inconstitutionnelle "n'est pas inséparable de l'ensemble de la loi", cette dernière pourra être promulguée à la suite de l'amputation pratiquée.

²⁴⁶³ C.C., 27/12/1973, Taxation d'office, n°73-51 D.C., p.25 ; *La semaine juridique* 1974, II, n°17691, note Nguyen Quoc Vinh ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.236, note P.-M. Gaudemet.

²⁴⁶⁴ Voir sur ce point MM. Favoreu et Philipp, *op. cit.* n°21.

²⁴⁶⁵ M. Philip, "La portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel", *Revue du droit public* 1974, p.531.

la moindre modification, "une déclaration d'inconstitutionnalité, si limitée qu'elle soit, aurait un effet équivalent à une condamnation totale de la Convention", puisque les dispositions censurées, ne pouvant être approuvées, s'apparenteraient aux "réserves" prohibées²⁴⁶⁶.

2 - La faculté de soulever d'office certaines conclusions

Le Conseil s'autorise parfois, en dehors de toute idée d'inséparabilité, à statuer sur des dispositions de la loi qu'il contrôle mais qui ne lui ont pas été expressément soumises²⁴⁶⁷. La différence avec le procédé précédent réside dans le fait que, pour ce dernier, les mesures qui chutent en raison de l'indivisibilité qui les lie aux passages inconstitutionnels ne sont pas critiquées en elles-mêmes. De ce fait, le législateur pourra les reprendre telles quelles lorsqu'il revotera la loi corrigée des vices qui ont entraîné sa censure²⁴⁶⁸. Au contraire, la mesure qui fait l'objet de conclusions d'office s'avère inconstitutionnelle en raison d'un vice propre et ne pourra en principe être rééditée. On a donc affaire à une manifestation *d'ultra petita* dans sa forme la plus aboutie : le juge ne se contente plus d'étendre la portée des conclusions dont il est saisi mais en crée de nouvelles, réellement autonomes de l'objet initial de la requête.

Il serait à l'évidence irréaliste, en raison de leur spécificité, de proposer cette double attitude en modèle au contentieux administratif. Ce dernier pourrait en revanche puiser une ou deux idées dans la pratique de la juridiction constitutionnelle.

B. En quoi la jurisprudence constitutionnelle peut-elle servir d'exemple pour le contentieux administratif ?

Si le recours à *l'ultra petita* semble un pouvoir inhérent au juge constitutionnel, la philosophie qui anime son usage devrait montrer la voie au Conseil d'État.

1 - Le prérogative de *l'ultra petita* est spécifique au contentieux constitutionnel

Le juge constitutionnel, sans que cela n'altère sa nature juridictionnelle²⁴⁶⁹, fait incontestablement montre de pouvoirs plus large que ceux de son homologue administratif dans le domaine qui nous importe. Il semble que ces prérogatives soient directement issues de la rédaction de l'article 61 de la Constitution aux termes duquel "les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel", ce qui semble fixer comme cadre à l'instance la loi tout entière et laisse sous-entendre que le Conseil peut en examiner l'ensemble des dispositions²⁴⁷⁰. Ce dernier ne serait donc pas, comme le juge administratif, lié par les conclusions restrictives d'une

²⁴⁶⁶ Voir sur ce point G. Vedel, "Schengen et Maastricht", *Revue française de droit administratif* 1992, p.174.

²⁴⁶⁷ Ce procédé est apparu dans le contentieux constitutionnel avec la décision n° 90-127 D.C. des 19 et 20 janvier 1981 ("Sécurité, liberté", p.15). Une décision de 1992 (n°92-307 D.C., J.O. 27/02/1992, p.3004) est particulièrement explicite à son égard : "si aux termes de sa lettre (...) le Premier ministre a demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'article 8 de la loi (...), cette précision n'affecte pas la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire porter son contrôle sur les autres dispositions de la loi et d'en tirer toutes les conséquences de droit".

²⁴⁶⁸ Voir notamment sur ce point D. Rousseau, *op. cit.* p.133

²⁴⁶⁹ Voir sur ce point L. Philip, "L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel", *Actualité juridique, Droit administratif* 1975, p.17.

²⁴⁷⁰ Voir sur ce point A.-S. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, *Economica* 1987, p.54.

requête ; la règle du *non ultra petita* ainsi entendue ne s'imposerait pas à lui²⁴⁷¹. Et la juridiction constitutionnelle serait d'autant plus poussée à soulever d'office des conclusions qu'il n'existe pas, en contentieux constitutionnel, un mécanisme d'exception qui puisse faire revenir devant elle une disposition inconstitutionnelle qu'elle aurait laissé "passer"²⁴⁷². Malgré toutes ces spécificités qui font qu'il ne serait guère raisonnable de vouloir calquer contentieux administratif et constitutionnel sur ce point, il n'est pas interdit de tirer quelques enseignements de la façon dont est utilisé l'*ultra petita* dans le second, pour éventuellement en transposer certains éléments au premier.

2 - La philosophie du contrôle comme source d'inspiration pour la jurisprudence administrative

C'est dans l'emploi de l'*ultra petita* par le Conseil constitutionnel que l'on peut puiser pour guider un éventuel enrichissement - de portée évidemment limitée - du contentieux administratif:

a) Il semble tout d'abord que cette évolution ne pourrait s'inscrire que dans le cadre d'une "inséparabilité" - ou indivisibilité - telle qu'entendue par la jurisprudence Taxation d'office, à l'exclusion du pouvoir de soulever d'office des conclusions qui constituerait, à n'en pas douter, une prérogative excessive pour une juridiction qu'aucun texte n'habilite à ce faire²⁴⁷³.

b) Ensuite, cette indivisibilité ne devrait être utilisée que dans des cas d'illégalité manifeste du reste de l'acte dont la juridiction administrative est partiellement saisie. C'est ce qui guide d'ailleurs la politique du Conseil constitutionnel en matière de dispositions soulevées d'office, celui-ci ne souhaitant pas "devoir fermer les yeux sur une inconstitutionnalité flagrante contenue dans une loi déferée, au motif que les auteurs de la saisine ont omis de la dénoncer"²⁴⁷⁴. Seules en conséquence pourraient donner lieu à un *ultra petita* les illégalités suffisamment graves pour motiver une entorse à cette règle générale de procédure, à savoir en somme les hypothèses dans lesquelles, comme dans l'affaire Angéras, un moyen d'ordre public aurait dû être soulevé si les conclusions avaient porté sur la globalité de l'acte²⁴⁷⁵. Aucune discrimination ne semble devoir en revanche être pratiquée selon que ce moyen touche à la forme ou au fond de l'acte²⁴⁷⁶.

²⁴⁷¹ C'est en particulier l'avis de G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica 1991, p.190.

²⁴⁷² Développant cette idée, voir J.-P. Lebreton, "Les particularités de la juridiction constitutionnelle", *Revue du droit public* 1983, p.437.

²⁴⁷³ La justification de l'absence de mécanisme d'exception ne peut de surcroît être invoquée en contentieux administratif.

²⁴⁷⁴ B. Genevois, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ?", *Pouvoirs*, 1991, n°59, p.132.

²⁴⁷⁵ Deux conditions devraient donc se trouver réunies : non seulement l'existence d'un tel moyen d'ordre public, mais également l'évidence avec laquelle il doit apparaître aux yeux du juge. Il ressort en effet de la jurisprudence (hormis une décision du 18/02/1987 Morel (*Revue française de droit administratif* 1988, p.53, note Debouy) dont le caractère isolé interdit qu'on la considère comme un revirement de jurisprudence) qu'"un moyen d'ordre public ne peut être soulevé d'office que si son bien-fondé ressort manifestement des pièces du dossier. Le juge s'interdit de procéder à un supplément d'instruction pour vérifier le bien-fondé éventuel d'un moyen qui aurait un caractère d'ordre public, mais sur lequel l'état du dossier ne lui permet pas de se prononcer avec certitude" (R. Odent, *Contentieux administratif*, p.1214).

²⁴⁷⁶ Les conclusions soulevées d'office par le Conseil constitutionnel portent ainsi indifféremment sur des moyens de forme et de fond. Ainsi, on a pu recenser (au premier janvier 1992) 17 conclusions relevées d'office à l'encontre d'inconstitutionnalités "externes" et 13 portant sur des inconstitutionnalités "internes". Cf. S. Bourrel, *Les dispositions soulevées d'office par le Conseil constitutionnel*, Mémoire de D.E.A., Université de Pau, 1992.

En résumé, il apparaît souhaitable que, saisi d'une demande d'annulation partielle, le Conseil d'État ou toute juridiction administrative puisse, dans quelques cas spécifiques ou un moyen d'ordre public peut être invoqué à l'encontre de l'acte tout entier, éviter la simple amputation de la décision illégale, voire l'irrecevabilité de la requête pour indivisibilité des dispositions de cette dernière. Le caractère ponctuel de ces hypothèses s'opposerait à une atteinte excessive à la règle du *non ultra petita* qui doit demeurer le principe d'action du juge²⁴⁷⁷. De plus, cette rupture avec la conception du "juge passif" ne serait pas sans précédent : le décret du 22 janvier 1992 précité semble en effet permettre, dans certaines circonstances, à la juridiction saisie de corriger une erreur commise par les parties en leur expliquant comment éviter le rejet de leur requête auquel semble conduire l'existence d'un moyen d'ordre public²⁴⁷⁸. Rien ne semble donc s'opposer à ce léger aménagement.

Paragraphe 2. S'agissant des acquis liés à la témérité du juge dans l'appréciation de la divisibilité

Un tribunal peut, dans certains cas, préférer à une annulation totale d'un acte la simple suppression des dispositions irrégulières qu'il en considère divisibles. Même si la doctrine classique ne voit pas là l'exercice d'un pouvoir de réformation des décisions administratives par le juge de l'excès de pouvoir, certaines considérations pratiques semblent démontrer qu'au contraire, permettre à ce dernier de prononcer une annulation partielle revient peu à prou à lui conférer une telle prérogative²⁴⁷⁹. Certains éléments poussent en effet à penser qu'il existe des hypothèses relativement nombreuses dans lesquelles la juridiction saisie substitue sa propre appréciation à celle qui avait présidé à l'élaboration de l'acte, et modifie en conséquence la décision qui lui est soumise dans un sens qu'elle seule détermine. Cet état de fait jurisprudentiel ne paraît guère satisfaisant ; aussi conviendra-t-il de s'interroger sur les remèdes susceptibles d'y être apportés.

I - L'appréciation du juge peut primer celle de l'administration

L'imprécision de la notion de divisibilité laisse en pratique au juge une grande marge de manœuvre. Un mouvement jurisprudentiel semble de surcroît profiter abusivement de cette liberté, et négliger la volonté qui s'était manifestée à l'occasion de la prise de l'acte qui fera l'objet de l'amputation juridictionnelle.

²⁴⁷⁷ Un parallèle peut encore une fois être tracé avec la jurisprudence constitutionnelle car, comme l'a fait remarquer M. Favoreu, le Conseil n'a "finalement usé que modérément" de son pouvoir de soulever des conclusions d'office. Voir son intervention orale au colloque sur *La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, P.U.F. 1989, p.68.

²⁴⁷⁸ Voir sur ce point V. Haim, *art. cit.* p.8.

²⁴⁷⁹ Sur tous ces points, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

A. Un problème engendré par l'imprécision du concept de divisibilité

"Votre jurisprudence sur l'indivisibilité est d'un abord difficile" convenait le commissaire du gouvernement B. Genevois dans ses conclusions²⁴⁸⁰ sur l'arrêt *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*²⁴⁸¹. Cette affirmation se base plus sur l'imprécision des contours de la notion en cause que sur le fondement de celle-ci qui repose clairement, nous l'avons vu, sur le souci d'éviter une atteinte à l'objet de l'acte partiellement censuré²⁴⁸². Ce qui pose problème en la matière n'est donc pas tant le pourquoi des concepts étudiés que la marge de manœuvre que se ménage le juge dans l'appréciation du caractère divisible ou non des dispositions contestées. En effet, comme le note M. Corbel²⁴⁸³, aucun critère précis de définition n'a jamais ici été dégagé.

1 - Cela ne prête pas à conséquence lorsque le juge doit se livrer à l'appréciation d'une situation objective de droit ou de fait. Ainsi y aura-t-il indivisibilité évidente dans le cas où l'annulation partielle reviendrait à supprimer l'objet même de la décision pour n'en laisser subsister que les modalités de réalisation²⁴⁸⁴; à l'inverse, la divisibilité sera aisément reconnue lorsque l'acte en cause comporte deux objets distincts²⁴⁸⁵. Il s'agit ici de questions de bon sens, qui dictent au juge les réponses à leur apporter.

2 - Mais il peut exister des affaires dans lesquelles la qualification de divisibilité ou d'indivisibilité ressort beaucoup moins nettement du contenu de la décision en cause. C'est notamment le cas lorsqu'il convient d'apprécier la volonté de l'auteur de l'acte afin de savoir si les dispositions illégales revêtaient, à ses yeux, un caractère déterminant. Le juge est normalement tenu de rechercher quelle fut l'intention originelle; le principe de séparation entre les fonctions juridictionnelle et administrative semble en effet lui imposer la prise en compte de l'analyse ayant présidé à l'édition de la décision²⁴⁸⁶. Cette démarche a été notamment suivie à l'occasion d'un arrêt *Demoiselles Thévenot et Saumont*²⁴⁸⁷: était en cause un arrêté dont l'article premier prononçait la mutation d'agents de certains services du fait de la suppression de ces derniers; l'article 2 prévoyait quant à lui que ladite mutation ne pouvait intervenir qu'une fois la suppression prononcée. Les requérantes demandaient l'annulation du seul article 2. Le

²⁴⁸⁰ *Revue du droit public* 1982, p.473.

²⁴⁸¹ C.E., Ass., 20/11/1981, p.429.

²⁴⁸² Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

²⁴⁸³ *Art. cit.*

²⁴⁸⁴ Cf. notamment les affaires Consorts Chatelain et F.N.O.S.S. et Bazin précitées.

²⁴⁸⁵ Voir par exemple C.E., 10/03/1943, Dame Aubin-Leroudier, p.65: un arrêté municipal prescrit la démolition ou la confortation de deux immeubles distincts et autonomes. La divisibilité ressort objectivement du fait que les deux immeubles peuvent être considérés chacun séparément.

Cf également C.E., 2/02/1979, Consorts Sénécal, p.40: permis portant sur deux opérations distinctes (agrandissement d'une maison et construction d'un garage sur un emplacement voisin).

Toutefois, on doit signaler qu'un acte, bien que poursuivant apparemment deux objets distincts, peut en fait être estimé indivisible par la jurisprudence. Un exemple récent en témoigne, et démontre bien, du fait de la divergence d'appréciation entre juges du fond et juges d'appel, le flou qui entoure la notion de divisibilité: saisi d'un recours contre un permis de construire délivré pour l'édification de deux bâtiments distincts, le tribunal administratif d'Amiens avait estimé celui-ci divisible et l'avait partiellement annulé. En appel, la Cour administrative d'appel de Nancy a infirmé cette analyse en regard de la destination commune des constructions envisagées (C.A.A. Nancy, 10/11/1993, M. et Mme Haghebaert, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, janvier 1994, conclusions J.-P. Pietri). On le voit, tout est ici fonction de l'appréciation souveraine des juges.

²⁴⁸⁶ Le Conseil d'État, saisi d'un recours en appel contre un jugement de premier ressort ayant reconnu la divisibilité de certaines mesures pour les sanctionner séparément du reste de l'acte, vérifie d'ailleurs que "l'annulation partielle (...) n'a pas conduit le tribunal administratif à substituer sa propre appréciation à celle de l'administration". Cf. C.E., 30/06/1989, Ville de Paris et Bureau d'aide sociale de Paris c/ Lévy, p.157.

²⁴⁸⁷ C.E., 2/04/1954, p.210, conclusions P. Laurent.

commissaire du gouvernement P. Laurent va considérer que "le Secrétaire d'État n'aurait certainement pas décidé de muter les agents s'il n'avait pas résolu, en même temps, de surseoir à l'exécution de ces mutations"²⁴⁸⁸ et suggérera au Conseil d'État -qui le suivra- de prononcer l'indivisibilité des dispositions attaquées avec celles de l'article premier, entraînant l'irrecevabilité de la requête. La recherche de l'intention de l'auteur de l'acte a donc été ici primordiale.

Il n'en va toutefois pas toujours ainsi, le juge se ménageant parfois une large marge d'appréciation. L'arrêt *Weyer*²⁴⁸⁹ illustre bien le problème : l'administration attachait sans doute une grande importance aux modalités de compensation de l'opération de remembrement en cause ; le juge n'hésite cependant pas à les annuler, tout en laissant subsister le reste de la décision. De même, les conditions mises par le préfet à l'octroi d'une autorisation d'ouverture d'une installation classée (notamment celles qui concernent les normes maximales de pollution) peuvent-elles être réellement regardées comme divisibles de cette opération lorsqu'on sait que ce régime spécial est surtout motivé par un souci de haute protection de l'environnement ? On les a pourtant, parfois, analysées comme telles²⁴⁹⁰.

B. Un problème réactivé par certaines tendances jurisprudentielles

Certains raisonnements relevés à l'occasion d'affaires relativement récentes témoignent d'un usage assez élastique de la notion, déjà souple, de divisibilité. On assiste en effet, au travers de quelques arrêts rendus dans les années 80, à une minimisation notable de l'importance des éléments subjectifs qui ont conduit à la prise de décision. Ce phénomène comporte deux facettes :

1 - Indifférence du juge quant à la volonté des personnes ayant concouru à l'élaboration de l'acte

Prenons le cas de l'affaire *Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye*²⁴⁹¹ dans laquelle était contestée une disposition du décret créant le Parc National du Mercantour, création qui était le fruit d'un long travail de négociation entre le Gouvernement et les communes concernées. Certaines de ces dernières n'avaient donné leur accord qu'à la condition de pouvoir, à la demande de leur conseil municipal, voir leur territoire déclassé par décret simple, cela dans le souci d'éventuelle ouverture de nouvelles stations de sports d'hiver. Le Gouvernement obtempéra, sachant pertinemment qu'une telle disposition était illégale -la loi du 27/07/1960 imposant un décret en Conseil d'État en vue d'un tel déclassement- et, de ce fait, ne le tiendrait pas. Du point de vue des communes concernées, il était évident que les facilités de sortie du Parc National constituaient des dispositions primordiales, et avaient emporté leur adhésion au projet. Mais le commissaire du gouvernement Genevois²⁴⁹² souligna qu'on avait en l'espèce affaire à un règlement administratif et non à un contrat, ce qui lui fit conclure qu'il n'y avait pas à rechercher si cette disposition était ou non déterminante ; il se prononça en conséquence pour la divisibilité de celle-ci du reste de l'acte. Cette analyse se situe en porte-à-

²⁴⁸⁸ *Ibid.*

²⁴⁸⁹ Arrêt précité.

²⁴⁹⁰ Cf. C.A.A. de Bordeaux, 24/04/1990, S.I.L.A.C., *Lebon* p.934.

²⁴⁹¹ Arrêt précité.

²⁴⁹² Conclusions précitées.

faux par rapport à celle qui a présidé à l'adoption de la solution *Demoiselles Thévenot et Saumont*. Certes, dans ce dernier cas, il s'agissait de savoir si la disposition en cause était fondamentale aux yeux de l'auteur de l'acte lui-même, et non à ceux des partenaires qui avaient participé à son élaboration. La recherche de ce caractère ne vaudrait-elle, en conséquence, qu'en faveur de l'administration ? On peut en douter, sauf à réduire à néant l'intérêt des négociations préalables à la prise d'un acte nécessitant un large consensus.

2 - Indifférence du juge quant à la volonté de l'auteur de l'acte

A l'occasion d'un arrêt postérieur²⁴⁹³, le commissaire du gouvernement Verny, après avoir reconnu que "l'engagement à prendre quant à la présentation de documents de recettes était probablement dans l'esprit du législateur de 1976 et des auteurs du décret de 1977 un élément important" du régime mis en place, fit pencher le Conseil d'État vers la divisibilité de cette disposition en s'appuyant lui aussi sur la spécificité du domaine réglementaire par rapport à la matière contractuelle.

On constate ainsi que la jurisprudence administrative a tendance, pour apprécier la divisibilité ou l'indivisibilité d'une disposition, à "examiner objectivement le texte tel qu'il est et ne recherche pas la volonté"²⁴⁹⁴ à l'origine de la décision prise, qu'elle émane des partenaires qui ont participé aux négociations préalables à la prise de celle-ci ou, indifféremment, de son auteur lui-même. Cette prédilection pour l'analyse objective s'explique peut-être par les difficultés que peut connaître le juge à déterminer avec précision quelle a été l'intention des auteurs de la décision litigieuse, du fait de l'absence de travaux préparatoires -du moins pour les décrets simples et les arrêtés ministériels-, à l'inverse de la situation qui s'offre, par exemple, au juge du contrat²⁴⁹⁵. La suprématie de l'appréciation prétorienne n'en demeure pas moins fâcheuse, car contraire au principe qui sépare administration active et fonction juridictionnelle.

II - L'appréciation de l'administration doit primer celle du juge

Négliger la volonté qui a présidé à l'élaboration de l'acte administratif revient à substituer la propre vision du juge à la seule considération qui devrait s'imposer : l'intention de l'autorité qui l'a édicté. On mesure aisément les dangers que génère une pareille attitude. Aussi convient-il de s'interroger sur la démarche que doit impérativement suivre le juge lorsque naît l'éventualité d'une annulation partielle.

A. Les risques suscités par la minimisation des éléments subjectifs de la décision contrôlée

1 - La mise à l'écart de l'intention des personnes à l'origine d'une décision administrative constitue un réel danger. On l'a dit, lorsqu'une juridiction annule partiellement un acte, si l'analyse qui a présidé à l'édition de celui-ci n'est nullement prise en compte, c'est la vision qu'a pu s'en forger le juge qui prévaudra sur celle de l'autorité administrative à l'origine de la

²⁴⁹³ C.E., 12/03/1983, Conseil National de l'Ordre des médecins et autres, p.109, conclusions Verny.

²⁴⁹⁴ *Ibid.*

²⁴⁹⁵ Cf. notamment arrêt Chami, précité.

Mme Pouyaud (*op. cit.* p.354) montre cependant qu'en matière de contrats administratifs prévaut également l'analyse objective.

décision ainsi amputée. Le prêteur, qui ne peut se prévaloir d'une quelconque investiture l'autorisant à prendre des actes décisifs positifs, profite ainsi de la grande latitude que lui laisse l'imprécision de la notion de divisibilité pour exercer un pouvoir de réformation dont il est logiquement dépourvu en matière d'excès de pouvoir ; il annihile, de par son interprétation extensive, le rôle de garde-fou dévolu à ce concept. Certains ont tenté de relativiser ce danger d'arbitraire jurisprudentiel en montrant que le juge, au cas par cas, "essaie de se comporter en bon administrateur"²⁴⁹⁶. Mais cela revient à négliger le principe qui démarque actions administrative et juridictionnelle²⁴⁹⁷, principe nécessairement foulé au pied lorsque les magistrats se livrent à une appréciation différente de celle qui a motivé la prise de l'acte. Ainsi pourra subsister dans l'ordonnement juridique un acte dénaturé, dans lequel l'administration ne se retrouve pas.

2 - Un rapprochement peut ensuite être effectué à ce stade avec le contentieux constitutionnel. Nous avons déjà rencontré la notion de séparabilité définie par l'article 22 de l'ordonnance du 7 novembre 1958²⁴⁹⁸. Cet article procède de la même idée que celle qui a engendré la notion d'indivisibilité en contentieux administratif, à savoir qu'il appartient à l'auteur de l'acte -ici le législateur- de se remettre au travail pour élaborer un nouveau texte qui ne contiendra plus la disposition irrégulière lorsque cette dernière s'avère essentielle au regard de l'équilibre global des mesures dans lesquelles elle s'insère ; cela ne ressortit en aucun cas au juge qui, ce faisant, s'arrogerait un pouvoir décisionnel qu'il ne détient pas. Mais comme le juge administratif, le Conseil constitutionnel conserve un grand pouvoir d'appréciation concernant cette notion d'"inséparabilité", même s'il a plus aisément accès aux travaux préparatoires des actes qu'il contrôle, et semble par là même plus limité dans son interprétation²⁴⁹⁹. C'est lui qui, en dernier ressort, détermine si la loi amputée de ses dispositions inconstitutionnelles reste applicable²⁵⁰⁰ ; et si les parties censurées présentaient ou non aux yeux des parlementaires une importance telle que, sans elles, la loi n'aurait pas été adoptée. Or "ce dernier critère, note D. Rousseau²⁵⁰¹, malgré la référence aux débats parlementaires, entraîne nécessairement le Conseil dans un exercice de rétro-fiction où il s'efforce d'imaginer "ce qui se serait passé si ce qui s'est passé ne s'était pas passé" ! Comment le Conseil peut-il dire, avec certitude, quelle aurait été l'attitude du législateur s'il avait su que telle ou telle disposition allait être invalidée ? La réponse, quelle qu'elle soit, n'est jamais entièrement vraie ni fautive ; elle est tout simplement invérifiable"²⁵⁰².

²⁴⁹⁶ MM. Tiberghien et Lasserre, note précitée.

²⁴⁹⁷ Rappelons qu'en vertu de ce principe dégagé pour remédier à la confusion ancienne entre juges et administrateurs, les premiers s'interdisent de se substituer de quelque façon que ce soit aux seconds, qu'il s'agisse d'"arrêts de règlement" ou d'injonctions qu'ils leur adresseraient.

²⁴⁹⁸ Voir *supra*.

²⁴⁹⁹ C'est ainsi qu'il prend notamment en considération "les débats auxquels la discussion a donné lieu devant le Parlement" pour déterminer si les dispositions de la loi qui lui est déférée en sont ou non inséparables. Cf. notamment C.C., décision n°78-95 D.C. du 27/07/1978, p.26.

²⁵⁰⁰ S'il considère que non, il invalidera la totalité de la loi. Ainsi, pour les nationalisations décidées en 1982, a-t-il déclaré imprévisible l'ensemble du texte du fait de la censure des articles relatifs à l'indemnisation des actionnaires des sociétés nationalisées qu'il en estimait inséparables (C.C., n°81-132 D.C. du 16/01/1982, p.18 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* n°35).

Il penchera au contraire pour la séparabilité dès lors qu'il pense que la loi peut se concevoir sans ses dispositions inconstitutionnelles. Voir par exemple, concernant l'organisation des élections en Nouvelle-Calédonie, C.C., n°85-196 D.C., 8/08/1985, p.63 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°42.

²⁵⁰¹ Droit du contentieux constitutionnel, *op. cit.* pp.133 et 134.

²⁵⁰² Pour étayer ses dires, l'auteur démontre ensuite la subjectivité de l'analyse suivie dans l'affaire du découpage des circonscriptions en Nouvelle-Calédonie (*Ibid.*, p.134).

De tout ce qui précède, on peut tirer la conclusion que le juge déborde parfois le rôle qui lui est dévolu en s'autorisant à annuler séparément des dispositions dont il ne sait pas vraiment l'importance qu'elles revêtaient dans l'analyse des autorités qui les ont édictées. Devant une situation si insatisfaisante, on doit préconiser une inversion de tendance.

B. La nécessaire revalorisation des éléments subjectifs de la décision contrôlée

1 - Il est possible de discerner dans certains arrêts le germe de solutions plus satisfaisantes, au regard du principe qui interdit au juge de faire acte d'administrateur, que celles que nous avons retracées ci-dessus. Considérons la décision *Comité de vigilance d'action viticole de la Gironde*²⁵⁰³ dans laquelle a été reconnue l'illégalité d'un article autorisant des producteurs viticoles de la région de Cognac à commercialiser sous la forme de vin de table certaines quantités du vin de consommation courante à partir duquel on tire la fameuse eau-de-vie. Cette disposition s'intégrait dans une décision au champ d'application beaucoup plus vaste réglementant notamment la production du Cognac lui-même. Il paraissait donc a priori possible, sinon "aisé", de "distinguer (...) ce qui relève de la campagne pour le produit d'appellation d'origine qu'est le Cognac au sens de l'article 21 du décret-loi du 30 juillet 1935 (...) et ce qui concerne un produit qui n'est qu'un vin de consommation courante, ne bénéficiant pas de la protection du décret-loi de 1935"²⁵⁰⁴. Pourtant, la Section du contentieux s'est prononcée pour l'indivisibilité de l'ensemble du texte, et a, en conséquence, prononcé l'annulation intégrale qui lui était demandée, en étendant la portée du moyen.

2 - On peut se demander s'il ne serait pas souhaitable de généraliser cette solution à toutes les hypothèses où le juge n'est pas sûr de l'importance que revêt, pour l'administration, la disposition illégale dans l'économie d'ensemble du texte qui l'englobe. En déclarant l'indivisibilité, il éviterait dès lors de "faire le tri entre les dispositions réellement viciées et celles qui sont susceptibles d'être maintenues"²⁵⁰⁵. Il semble en effet beaucoup plus satisfaisant d'"inciter l'autorité compétente à une refonte complète du texte"²⁵⁰⁶ plutôt que de procéder à une modification de celui-ci qui le défigure peut-être aux yeux de son auteur²⁵⁰⁷. D'ailleurs, dans d'autres contentieux, le juge écarte systématiquement le procédé de l'annulation partielle dès lors qu'il fait courir le risque d'altérer la volonté qui s'est manifestée au travers de l'acte contrôlé : il en va ainsi en matière électorale, et notamment pour ce qui est des élections à la proportionnelle. Dans une affaire où était contesté un scrutin universitaire organisé sur ce mode, le Conseil d'État fut amené à constater l'illégalité de l'attribution du seul dernier siège en jeu. Bien que l'irrégularité apparaisse en conséquence extrêmement localisée, il préféra à une simple amputation prononcer une annulation totale du scrutin, étendant ainsi la portée du seul moyen fondé²⁵⁰⁸. Un arrêt récent a confirmé l'exclusion de principe de l'annulation partielle - sauf cas

²⁵⁰³ C.E., S., 19/07/1981 ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1981, p.571, conclusions B. Genevois ; *Dalloz* 1982, p.77, note P. Sabourin.

²⁵⁰⁴ Note P. Sabourin précitée.

²⁵⁰⁵ Note F. Moderne sous C.E., 27/05/1977, C.F.D.T., *Dalloz* 1977, p.566.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

²⁵⁰⁷ Le problème se pose avec une acuité particulière dans certains domaines, comme notamment celui de l'annulation d'une modification du P.O.S., C. Debouy l'expose en ces termes : "lorsque les modifications portent atteinte à l'économie générale du plan, c'est l'ensemble des modifications effectuées qui deviennent illégales, sans divisibilité possible. On ne saurait imaginer le juge procédant à la soustraction de certaines modifications qui, ajoutées à d'autres, modifient l'économie générale d'un plan" (note précitée sous l'arrêt Bruguière, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.922).

²⁵⁰⁸ Cf. C.E., S., 5/04/1974, Elections du deuxième collège des étudiants au conseil de l'U.E.R. n°9 de l'Université de Paris I, p.218, conclusions J. Théry.

particuliers - en matière d'élections proportionnelles à la plus forte moyenne²⁵⁰⁹. Bien que le commissaire du gouvernement ait conclu différemment sur cet arrêt, il admettait qu'"une pareille annulation se conçoit il est vrai fort mal, surtout si elle porte sur un seul siège", car "si des élections sont organisées pour pourvoir au siège vacant, le siège ira quasi inévitablement à la liste dominante", et "si des élections ne sont pas provoquées, la représentation des électeurs s'en trouve modifiée"²⁵¹⁰. Même si, dans ce domaine, l'intention populaire -manifestée par l'élection ou par ses représentants- constitue un impératif particulièrement fort qui ne saurait être contrecarré en aucune façon, on peut considérer type de raisonnement parfaitement transposable aux hypothèses où le juge de l'excès de pouvoir n'est pas sûr de la portée que revêtait, à l'origine, les dispositions illégales.

Si les anomalies affectant les acquis qui résultent des diverses règles gouvernant l'annulation partielle paraissent, en fin de compte, aisément rectifiables, il n'en va assurément pas de même pour celles qu'engendre le phénomène de la lenteur de la juridiction administrative.

SECTION 2. NECESSITE D'ATTENUER LES ACQUIS ENGENDRÉS PAR LA LENTEUR DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

L'étude du phénomène de la lenteur à statuer du juge administratif nous a montré comment, conjugué au privilège du préalable de l'administration, il pouvait conduire à la constitution d'acquis malencontreux²⁵¹¹. Pour mettre fin à cette situation intolérable, deux types de remèdes ont été envisagés ; mais ni l'un ni l'autre ne paraissent de nature à fournir une réponse satisfaisante au problème à résoudre, en dépit d'améliorations récentes. C'est pourquoi nous nous permettons, tout en démontrant leurs insuffisances, de formuler quelques propositions destinées à en renforcer l'effectivité.

Paragraphe 1. Les limites de la réforme du 31 décembre 1987

Devant l'encombrement préoccupant de la juridiction administrative, et plus particulièrement du Conseil d'État, le législateur a décidé d'intervenir. C'est principalement par le biais de la loi du 31 décembre 1987 "portant réforme du contentieux administratif" qu'il a tenté d'endiguer le phénomène²⁵¹². Ce texte n'était pas, loin s'en faut, sans précédents : quelques aménagements réglementaires lui avaient ouvert la voie²⁵¹³, ainsi que deux projets de loi certes

²⁵⁰⁹ C.E., S., 7/05/1993, Pierret, p.150 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.502, conclusions M. Pochard.

²⁵¹⁰ *Ibid.*, p.503.

²⁵¹¹ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

²⁵¹² Cette réforme a suscité une abondante bibliographie, détaillée par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°63.

²⁵¹³ Comme par exemple le décret n°80-15 du 10 janvier 1980 créant une nouvelle sous-section au Conseil d'État et autorisant chaque sous-section à siéger seule en formation de jugement. Pour la liste de ces différents aménagements, voir Rapport Arthuis précité, p.80.

avortés, mais qui montraient déjà -au moins pour le second- que l'acuité du problème nécessitait des mesures radicales²⁵¹⁴. La réforme de 1987 fut cependant présentée, lors de son élaboration, comme le grand tournant en la matière. Or, il apparaît aujourd'hui que les retombées de celle-ci demeurent très en retrait des ambitions originaires affichées. Et l'on peut craindre que les renforcements opérés en 1995 n'aient pas une ampleur suffisante pour renverser la tendance.

I - Les ambitions initiales

La grande novation de la loi du 31 décembre 1987 a été, contrairement aux projets précédents dont la portée paraissait plus limitée (adjonction de chambres de jugement ou création de "conseillers référendaires"), de proposer un train de mesures globales destinées à attaquer le phénomène à ses multiples bases.

* ainsi tout d'abord, partant de la constatation qu'une seule instance d'appel existait dans l'ordre juridictionnel administratif pour tous les jugements rendus par les tribunaux administratifs, elle a voulu, selon le modèle de l'ordre judiciaire, mettre fin à l'encombrement du Conseil d'État par la création de cinq cours administratives d'appel. Ces dernières, au terme d'une discussion parlementaire relativement âpre²⁵¹⁵, se virent confier une compétence d'appel de principe²⁵¹⁶ (devant devenir pleinement effective à partir d'octobre 1995²⁵¹⁷) ; le Conseil d'État, quant à lui, étant amené à statuer en cassation sur les litiges les plus sérieux²⁵¹⁸.

* dans un souci d'éviter un certain nombre d'appels et de recours en cassation inutiles, le législateur a ensuite, dans l'article 12 de la loi étudiée, prévu la possibilité de faire se prononcer le Conseil d'État, sur renvoi des juridictions inférieures, sur des questions de droit nouvelles qui présentent des difficultés sérieuses et dont la résolution intéresse de nombreux litiges²⁵¹⁹. Un même souci de prévention du contentieux se retrouve à l'article 13, qui rend dans certains cas obligatoire une phase de conciliation (litiges contractuels et responsabilité extracontractuelle).

* enfin, pour répondre à l'insuffisance des moyens humains souvent dénoncée, la loi a organisé des recrutements massifs au profit des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

²⁵¹⁴ Sur ces réformes, Cf. J. Waline, *art. cit.* p.350.

²⁵¹⁵ Cf. *Ibid.*, p.352.

²⁵¹⁶ Environ 90 % des appels ressortiront de leur compétence.

²⁵¹⁷ Le calendrier de transfert est prévu par le décret n°92-245 du 17/03/1992.

Cette compétence de principe a été renforcée par l'article 75 du Titre IV de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (J.O., 9/02/1995, p.2175), qui supprime l'exception initialement prévue par la loi de 1987 s'agissant des appels formés contre des jugements rendus sur recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires. Il est vrai que la solution de compromis adoptée par le texte original s'était révélée source de complexité dans la répartition des compétences du Conseil et des cours, notamment dans le contentieux de l'urbanisme. Seuls désormais certains litiges électoraux (relatifs aux scrutins municipaux et cantonaux) ressortiront à la compétence d'appel du Conseil d'État.

²⁵¹⁸ Les affaires étant filtrées par une commission d'admission des pourvois. Pour plus de précisions, Cf. P. Coudurier, "La procédure d'admission des pourvois en cassation", *Revue française de droit administratif* 1990, p.341.

²⁵¹⁹ Sur cette procédure, lire notamment D. Labetoulle, "Ni monstre, ni appendice : le "renvoi" de l'article 12", *Revue française de droit administratif* 1988, p.213.

II - Des résultats insuffisants

Certaines améliorations ont été enregistrées, mais celles-ci s'avèrent assez faibles compte tenu de l'ampleur du problème à résoudre, même s'il convient évidemment de rester prudent sur les conclusions à tirer quelques années seulement après la réelle entrée en vigueur des moyens mis en œuvre.

A. Des progrès certains

Il est sans doute excessif, comme ont pu le faire certains auteurs, d'affirmer que les délais de jugements ont été accrus par la création des cours administratives d'appel²⁵²⁰. Des améliorations peuvent au contraire être relevées à chaque étage de l'ordre juridictionnel administratif :

* En ce qui concerne tout d'abord le Conseil d'État, on constate que l'objectif qui visait à alléger sensiblement la charge de ce dernier a été atteint²⁵²¹ : le stock des affaires en instance a décru de 20 %, et l'ancienneté moyenne de celles-ci a nettement diminué ; certains flux de contentieux traditionnels sont en voie d'extinction (comme par exemple en matière fiscale). Le délai moyen de jugement a en outre baissé de façon significative²⁵²². Tout cela semble de nature à permettre d'assurer le "nouvel équilibre entre les différentes missions du Conseil d'État" recherché par les auteurs du projet²⁵²³.

* Quant au degré de juridiction nouvellement créé, on ne peut que se féliciter de la qualité du travail qu'il fournit, attesté par le faible nombre de recours en cassation formés contre les arrêts qu'il rend. Il semble que l'affectation dans les cours administratives d'appel des magistrats des tribunaux administratifs les plus expérimentés ainsi que des conditions de travail satisfaisantes y soient pour beaucoup. La durée moyenne de l'appel n'y excède pas une année, et quasiment toutes jugent davantage de requêtes qu'elles n'en enregistrent, arrivant ainsi peu à peu à faire décroître les stocks dont elles ont hérité.

* A l'échelle des tribunaux administratifs, il nous faut signaler une notable hausse du nombre d'affaires traitées à partir de 1991 (17,5 % par rapport à l'année précédente). Cet accroissement d'activité est d'ailleurs également sensible, mais dans une proportion moindre, pour ce qui est du Conseil d'État (9,5 %).

* Enfin, il n'est pas inutile de souligner le succès immédiat remporté par la procédure de l'article 12²⁵²⁴, qui a conduit le législateur à créer un mécanisme semblable pour la Cour de cassation²⁵²⁵ : "La procédure de l'avis a permis de donner une solution très rapide et incontestée à des questions nées de l'application de textes nouveaux : date d'entrée en vigueur de textes législatifs (comme la "loi Bosson" du 9 février 1994) ; portée de dispositions nouvelles (...) ou de textes qui n'avaient pas fait l'objet de jurisprudence (problème du cumul du supplément

²⁵²⁰ Cf. X. Pretot, "La juridiction administrative à la croisée des chemins", *Droit et Politique*, 1993.

²⁵²¹ Certains ont soutenu qu'il s'agissait en fait là du seul objectif de la réforme. Cf. L. Folliot, *Les débats parlementaires de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif* (préface de R. Drago), L.G.D.J. 1995.

²⁵²² Sur tous ces points et ceux qui suivront, voir Rapport Arthuis précité.

²⁵²³ Cf. B. Stirn, "Le Conseil d'État après la réforme du contentieux", *Revue française de droit administratif* 1988, p.187.

²⁵²⁴ Le Conseil d'État est saisi annuellement d'une quinzaine de demandes, et la publication au Journal officiel de l'avis qu'il rend permet de traiter rapidement plusieurs dizaines, voire centaines de demandes.

²⁵²⁵ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991.

familial de traitement dans des couples d'agents publics). Ce dernier avis a apporté la démonstration la plus éclatante de l'efficacité de la procédure puisqu'il a permis aux tribunaux administratifs de régler plus de 25000 affaires dont ils étaient saisis"²⁵²⁶.

Mais tous ces points positifs, s'ils ne sont évidemment pas négligeables, ne peuvent faire taire les inquiétudes qui pèsent sur l'avenir.

B. Des progrès en voie d'épuisement

Reprenons, par ordre décroissant, la structure de l'ordre administratif :

* Si la réforme a, à l'évidence, réalisé l'objectif qui consistait à désencombrer le Conseil d'État, on doit maintenant craindre un engorgement à venir des cours administratives d'appel, du fait du transfert vers celles-ci d'une part importante du contentieux de l'excès de pouvoir qui est censé provoquer, à terme, une augmentation de 60 % du stock de ces juridictions²⁵²⁷. Ce à quoi il faut ajouter le surcroît de travail que représentera, pour les conseillers des cours, la participation prévue à certaines commissions et activités administratives, ainsi que l'exercice de nouvelles compétences (compétences en matière de suivi des décisions de justice organisées par la loi du 8 février 1995²⁵²⁸ et compétences consultatives concernant l'administration régionale²⁵²⁹).

* s'agissant des tribunaux administratifs, l'intensité du problème apparaît encore plus vive : "l'encombrement des tribunaux administratifs est "naturel", écrit J. Waline²⁵³⁰; on ne voit pas par quel miracle il aurait disparu puisque la réforme de 1987 ne s'occupe en aucune manière -ce qui est une grave erreur- des problèmes de première instance". Et, de fait, leur situation ne cesse de se dégrader : malgré l'augmentation des affaires traitées en une année, les dossiers en attente s'accumulent encore du fait de l'accroissement continu du nombre des recours enregistrés²⁵³¹. Cela n'a pas manqué d'inquiéter la commission d'enquête sénatoriale : "La source de lenteur s'est décalée : elle ne concerne plus le Conseil d'État mais les tribunaux administratifs, ce qui est préoccupant car il s'agit de la première instance"²⁵³².

On peut donc, avec A. Marion²⁵³³, déduire de ce qui précède que le problème n'est pas réglé mais repoussé, exactement comme l'avait fait, en 1953, la création des tribunaux administratifs²⁵³⁴. Et les dispositions récentes destinées à conforter la réforme de 1987 ne semblent pas à même d'altérer ce pessimisme.

²⁵²⁶ M. Combarous, "Réforme du contentieux administratif : du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, n° spécial du cinquantenaire, p.175.

²⁵²⁷ Cf. Rapport Arthuis, p.90.

²⁵²⁸ Voir *infra*, Chapitre suivant.

²⁵²⁹ Cf. Rapport Arthuis, p.91.

²⁵³⁰ *Art. cit.*, p.356.

²⁵³¹ Pour des données chiffrées, se reporter aux rapports annuels de Conseil d'État.

²⁵³² Rapport précité, pp.20 s. et 87.

²⁵³³ *Art. cit.* p.27.

²⁵³⁴ Cf. B. Odent, *art. cit.* p.490 : pour lui, le Conseil d'État a préféré "adapter le nombre des dossiers aux possibilités actuelles de les traiter", plutôt que "d'adapter ces moyens à l'évolution prévisible du nombre des procédures".

III - Les faiblesses des renforcements opérés en 1995

A. Faiblesse du renforcement matériel²⁵³⁵

Le Rapport Arthuis de 1992 s'était montré assez alarmiste sur l'état de la juridiction administrative, une fois passées les premières retombées bénéfiques de la loi de 1987. Il y avait fort à parier en effet que, si l'on en restait là, la situation redeviendrait bientôt extrêmement critique, les "gisements" des gains de productivité réalisés étant en voie d'épuisement²⁵³⁶ et ne pouvant être réalimentés par les recrutements tels qu'initialement prévus²⁵³⁷. Aussi les Sénateurs prônaient-ils un plan de relance vigoureux, faute de quoi la réforme de 1987 n'aurait produit aucun effet tangible pour le justiciable²⁵³⁸. Cette augmentation de moyens apparaissait nécessaire ; sans elle, la volonté politique qui tend à faciliter l'accès au prétoire depuis les trente dernières années aurait été "vidée de son contenu par le refus d'en tirer les conséquences sur le plan matériel"²⁵³⁹. On comprend dès lors que le Parlement s'en soit fait l'écho, le 6 janvier 1995, en adoptant la loi de programme relative à la justice²⁵⁴⁰. Dans le but d'engager une "action significative"²⁵⁴¹ en vue de remédier à l'encombrement persistant des juridictions administratives, ce texte a notamment prévu la création, pour les cinq années à venir, de 180 emplois de conseillers des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et de 200 emplois d'agents des greffes, ainsi que la mise en activité de deux nouveaux tribunaux administratifs en Ile-de-France et de deux cours administratives d'appel supplémentaires (une dans le nord, l'autre dans le midi)²⁵⁴². Corrélativement, les articles 79 et 80 de la loi du 8 février 1995²⁵⁴³ prévoient le détachement de membres des universités dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, et des maintiens en fonctions de conseillers ayant atteint la limite d'âge. L'objectif avoué de ce train de mesures est de ramener à un an le délai moyen de jugement. Pourtant, leurs instigateurs eux-mêmes ne se font guère d'illusions sur leur capacité à atteindre ce but²⁵⁴⁴, et insistent sur le fait que "le plan pluriannuel n'est qu'une première étape"²⁵⁴⁵. Cette circonspection est d'autant plus de rigueur que rien ne semble devoir freiner

²⁵³⁵ Pour un état détaillé de celui-ci, voir en particulier P. Fraisse, "La réforme de la juridiction administrative par la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative", *Revue du droit public* 1995, p.1053.

²⁵³⁶ Il s'agit essentiellement des effets des recrutements massifs organisés par la réforme.

²⁵³⁷ Cf. Rapport Arthuis, p.88 s.

Le Rapport Houillon en date du 22 juin 1994 sur le projet de loi de programme relatif à la justice (Documents A.N., n°1427, t. IV, p.53) dénonce à ce propos le retard des effectifs de la juridiction administrative française par rapport à ses homologues étrangers, et notamment allemand (quelques 700 magistrats pour la première, fin 1993, pour plus de 1700 pour ce dernier !).

²⁵³⁸ Pour plus de détails sur les nombreuses mesures proposées, visant à l'avenir à renforcer les effectifs de façon régulière et soutenue, Cf. Rapport précité, pp. 153 s.

²⁵³⁹ B. Odent, *art. cit.* p. 491.

²⁵⁴⁰ J.O., 8 janvier 1995, p.381.

²⁵⁴¹ Rapport Houillon précité, p.51.

²⁵⁴² Pour plus de précisions sur tous ces points, voir Etudes et documents du Conseil d'État 1995, n°46, p.243 ; et sur les premiers d'entre eux, B. Stirn, "Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : un nouveau visage", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, n° spécial du cinquantenaire, p.183.

²⁵⁴³ Loi précitée.

²⁵⁴⁴ Pour J.-G. Depouilly, les mesures prises ne permettront que le maintien de la situation actuelle en terme de délai de traitement des affaires (Cf. Rapport Sénat 1994-1995, n°30, T.II, p.18).

²⁵⁴⁵ Rapport Houillon précité, p.59.

Le rapporteur du Sénat A. Lambert partage cet avis : "Sur le plan des effectifs comme sur celui des équipements, (...) la loi de programme, si elle a le mérite de fixer des objectifs très souhaitables, ne donne pas tous les moyens d'y parvenir et devra être complétée au fil des budgets à venir" (Avis du 12 octobre 1994, Documents Sénat, n°25, p.54).

l'accroissement continu du nombre des litiges²⁵⁴⁶. Aussi, au-delà du simple renforcement des moyens matériels et humains de la juridiction administrative, convient-il de s'interroger sur l'organisation de cette dernière : ne pourrait-on pas influencer sur la durée des instances en rationalisant le travail juridictionnel, en améliorant la gestion des litiges²⁵⁴⁷ ? Beaucoup le pensent, et le législateur en tête qui a tenté d'œuvrer en ce sens. Mais, dans ce domaine également, de nombreuses incertitudes persistent.

B. Faiblesse de la réorganisation du travail juridictionnel

Parce qu'on peut douter que des renforcements purement matériels s'avèrent, à la longue, suffisants à eux seuls pour régler l'épouvantable encombrement des rôles, il semble incontournable d'opérer des réajustements dans le fonctionnement des tribunaux, voire dans la conception même de solutionner les litiges. Or, les deux voies imaginables à cette fin, et approfondies elles aussi en 1995, semblent loin d'être exploitées à fond, ni de manière optimale :

- La première d'entre elles consiste à développer des modes alternatifs de règlement des litiges, et en particulier les procédures de conciliation (telles que prévues par l'article 13 de la loi de 1987), de transaction ou d'arbitrage²⁵⁴⁸. Bien évidemment, ces techniques ne concernent pas directement l'excès de pouvoir, car il paraît difficile de monnayer la fin d'application d'un acte administratif dont l'édition est censée servir l'intérêt général ; mais leur utilisation en plein contentieux permettrait peut-être d'alléger le travail juridictionnel en général. Or, à l'évidence, ces solutions sont insuffisamment mises à profit en l'état actuel du droit²⁵⁴⁹, comme le démontre une récente étude du Conseil d'État²⁵⁵⁰. Les textes existants ont mis énormément de temps avant de recevoir un commencement d'application²⁵⁵¹, voire n'ont fait l'objet d'aucune réglementation procédurale²⁵⁵². Et le fait que l'organisation de ces techniques devant les tribunaux n'irait pas sans soulever des problèmes relativement complexes²⁵⁵³ ne constitue pas une justification valable au refus de tenter de les exploiter au mieux.

De même, précisant les insuffisances en cause, Cf. les auditions de MM Corouges et Lamy-Rested et de Mme Tricot, doc A.N. 1994, n°1427, T.I., pp.33 à 35.

²⁵⁴⁶ Voir en ce sens J. Robert, "La bonne administration de la justice" *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, n° spécial du cinquantenaire, pp.125/126

²⁵⁴⁷ Une autre solution pourrait immédiatement venir à l'esprit, celle qui consisterait à transférer une partie de l'actuel contentieux administratif à la juridiction judiciaire. La réserve constitutionnelle de compétence administrative prévue par la décision Conseil de la concurrence permettrait un aménagement non négligeable en ce sens, car elle ne couvre pas, en particulier, les contentieux contractuel et indemnitaire. Mais c'est là une tentation à laquelle il faut prendre garde de ne pas céder, dans la mesure où l'encombrement de la juridiction judiciaire n'est pas moindre que celui de l'ordre administratif, et en raison des risques que cela ferait peser sur la cohérence de notre système contentieux. Développant ces idées, voir notamment M. Combarous, *art. cit.*, p.176.

²⁵⁴⁸ Pour des suggestions concernant ces différentes techniques, voir Rapport Arthuis précité, pp.177 s.

²⁵⁴⁹ Pour un exemple récent montrant combien le juge est désarmé à cet égard, Cf. C.E., 22/03/1995, Dadillon, req. n°155718.

²⁵⁵⁰ *Régler autrement les conflits*, La Documentation française, 1993.

²⁵⁵¹ Ainsi, ce n'est que le 9 février 1995 que le Premier ministre a adressé deux circulaires aux administrations de l'État pour matérialiser quelque peu ces possibilités de règlements amiables des conflits. Mais seul pour l'instant le décret n°91-104 du 25/02/1991 les a appliquées de manière tangible en matière de marchés de travaux publics.

²⁵⁵² C'est le cas de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1986 (article 3 du Code T.A. /C.A.A.) qui a investi le juge administratif d'une mission générale de conciliation. Sur celui-ci, voir notamment le rapport de M. Lévy, *Actualité juridique, Droit administratif* 1987, p.499.

²⁵⁵³ Sur ce dernier point, Cf. M. Heers, "La conciliation par le juge administratif et ses déboires", *Les petites affiches*, 12 juillet 1995, n°83, p.13.

- La second type de rationalisation envisageable réside dans la démultiplication des formations de jugement. Certes, l'article L.4 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel soumet celles-ci au principe de collégialité, principe dont on connaît les avantages en termes de garantie d'indépendance et d'impartialité - particulièrement importante s'agissant de litiges intéressant la personne publique -, mais également de qualité des décisions rendues, par le nécessaire débat qu'elle induit²⁵⁵⁴. Mais on peut parfaitement concevoir que des aménagements, voire des entorses à cette règle dans un souci d'évacuation rapide des affaires de peu d'importance soient instituées, le Conseil constitutionnel ne s'étant pas opposé à la possibilité de faire dire le droit par un juge unique²⁵⁵⁵. C'est la logique qui a animé le législateur, notamment depuis le début des années 1990, matérialisée par une multiplication des textes reconnaissant aux présidents de juridictions ou de formations de jugement (ou à des conseillers délégués par eux) le pouvoir de trancher, seuls, certaines affaires²⁵⁵⁶. Une telle évolution, appelée par de nombreux travaux doctrinaux et parlementaires²⁵⁵⁷, a pris un nouveau tournant avec la loi du 8 février 1995 qui a multiplié de façon significative les hypothèses précédemment admises, puisque entre 10 et 20 % du contentieux de première instance sont désormais susceptibles d'être résolus de la sorte²⁵⁵⁸. Sous des dehors audacieux, qui lui ont d'ailleurs valu les critiques de ceux qui restent inconditionnellement - et inconsidérément ?- attachés au principe de la collégialité²⁵⁵⁹, cette réforme récente se montre en réalité assez maladroite, pour ne pas dire timide : on peut en premier lieu contester la pertinence de l'énumération restrictive des domaines d'intervention du juge unique, laquelle apparaît quelque peu rigide, voire inadaptée aux réalités contentieuses²⁵⁶⁰. Mais, surtout, dans la plupart des cas

²⁵⁵⁴ Inversement, on prête habituellement à l'institution du juge unique, outre les effets bénéfiques que son intervention peut produire sur l'encombrement des juridictions, l'avantage d'inciter le juge à assumer pleinement ses responsabilités. Sur cette question, voir en particulier J.-M. Baudouin, "La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements", *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1992, p.532.

²⁵⁵⁵ C.C., 23/07/1975, Juge unique, p.22 ; *Revue du droit public* 1975, p.1313, obs. L. Favoreu et L. Philip ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.44, note J. Rivero ; *Dalloz* 1977, p.629, note L. Hamon et G. Levasseur ; *La semaine juridique* 1977, n°18200, note C. Franck.

Prenant acte implicitement de cet aval constitutionnel, voir C.E., 9/01/1990, Re conduite à la frontière, p.15 ; *La semaine juridique* 1990, n°21591, note N. Guimezanes ; *La Revue administrative* 1990, p.40, note J. Fialaire.

²⁵⁵⁶ Pour un tour d'horizon des différentes hypothèses en cause (y compris celles résultant de la réforme de février 1995), voir M. Roncière, "Le juge unique dans la juridiction administrative : de l'exception à la généralisation", *Les petites affiches*, 26 juillet 1995, n°89, p.18.

²⁵⁵⁷ Au nombre des premiers, on peut par exemple évoquer l'article d'A. Marion (*Pouvoirs* 1988, précité, p.28) ; pour les seconds, Cf. Rapport Arthuis précité, p.169.

²⁵⁵⁸ Cf. en particulier D. Chabanol, "Un printemps procédural pour la juridiction administrative ?", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.388.

²⁵⁵⁹ *Ibid.*, p.392.

²⁵⁶⁰ L'idée était d'ouvrir au juge unique les "contentieux banals", les litiges de faibles importance et ceux qui ne présentaient à juger que des questions de fait (sur ce point, voir en particulier O. Sachs, "La réforme du contentieux administratif issue de la loi du 8 février 1995", *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1995, p.177). Or, à l'évidence, pareille démarche "n'a guère de sens. Des affaires "nobles" ou financièrement considérables peuvent se révéler d'une simplicité biblique, tandis qu'une affaire de taxe syndicale ou de pensions peut présenter des difficultés inextricables" (D. Chabanol, *art. cit.*, p.390). On aurait pu plutôt songer à "faire confiance aux magistrats en place, en laissant le soin aux présidents de déterminer les dossiers soumis au juge unique" (M. Roncière, *art. cit.*, p.20), même si cela risque de heurter le principe constitutionnel d'égalité des justiciables. En effet, ce dernier semble de toute façon mis à mal dès lors qu'on prévoit l'intervention d'un juge unique, puisque la jurisprudence admet toujours la possibilité de renvoi en formation collégiale des "demandes qui lui paraissent présenter des difficultés graves et susceptibles d'une discussion sérieuse" (C.E., S., 13/07/1953, Secrétaire d'État à la Reconstruction c/ Piéton Guibout, p.338 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1956, II, p.321, conclusions Chardeau), appréciation nécessairement empreinte d'un minimum d'arbitraire.

nouveaux²⁵⁶¹, le législateur n'est pas allé au bout de la logique d'allègement procédural, une audition du commissaire du gouvernement précédant nécessairement la décision du magistrat appelé à statuer. Cette prudence, qui risque de réduire à néant tous les gains de productivité escomptés par les promoteurs du texte²⁵⁶², a de quoi sembler excessive, dans la mesure où les dispenses dont bénéficient à cet égard certains contentieux ponctuels²⁵⁶³ montrent bien la possibilité de faire l'économie de cette étape préliminaire pour les litiges le justifiant. Espérons donc qu'il ne s'agisse là que d'une phase d'acclimatation de l'appel au juge unique en contentieux administratif, et qu'à l'avenir les considérations d'efficacité et de rationalité du travail juridictionnel soient plus nettement valorisées.

La réforme de 1987, relayée par celle de 1995, ne pourra donc gommer aisément le phénomène qu'elle entendait conjurer. Il convient donc de s'intéresser, puisque la lenteur de la juridiction administrative est sans doute appelée à perdurer, aux armes dont dispose le juge pour obvier aux inconvénients les plus graves de celle-ci, en d'autres mots aux procédures d'urgence. Or, dans ce domaine également, le système existant doit sans conteste être rendu plus efficace.

Paragraphe 2. Les carences des procédures d'urgence

La durée moyenne actuelle des instances -certes écourtée par les effets bénéfiques de la réforme de 1987, mais encore excessive- est tellement élevée qu'à défaut d'agir sur la longueur des procès, il faudrait au moins qu'existent des procédures d'urgence dignes de ce nom. Or on sait bien que ce n'est pas le cas²⁵⁶⁴. Cette remarque, formulée avant la réforme de 1995, garde toute son actualité en raison de la timidité du texte législatif, ce qui nous conduira à nous interroger sur les voies à suivre pour rendre plus satisfaisant l'état du droit en la matière.

I - La prise en compte de l'urgence par le juge

Après avoir montré à quel point il apparaît crucial d'accélérer le traitement de certaines instances, nous nous pencherons sur les réponses qu'apporte traditionnellement le juge à cet impératif.

A. La nécessité d'accélérer certaines instances

1 - Un principe à valeur constitutionnelle semble *a priori* s'opposer à ce que certaines affaires reçoivent un traitement de faveur, ne serait-ce que par la survenance plus prompte du jugement les solutionnant : celui de l'égalité des justiciables. Ce dernier paraît effectivement impliquer

²⁵⁶¹ A savoir ceux qui résultent de l'article L.4-1 du Code T.A. / C.A.A.. Cf. en particulier C. Huglo et C. Lepage, "Le titre IV de la loi du 8 février 1995 consacré à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaires ?", *Les petites affiches* 17 mars 1995, n°33, p.9.

²⁵⁶² En ce sens, voir l'article de M. Roncière précité, p.20.

Cet avis était partagé par M. Depouilly (audition précitée, p.18) qui n'attend pas de ces mesures des gains de temps importants, car les affaires réservées au juge unique ne retenaient pas longtemps les formations de jugement.

²⁵⁶³ Tels ceux de la régularité des modes de passation des marchés publics des reconduites à la frontière (articles L.22 et L. 22 du Code des T.A. / C.A.A.).

²⁵⁶⁴ D. Loschak, *Pouvoirs* 1988, art. cit. p.52

que tous les cas soient examinés approximativement dans le même délai. Seules pourraient justifier une entorse à cette règle la présence de textes fixant des délais à ne pas dépasser dans certains domaines, ou l'existence de difficultés d'instruction propres à une affaire considérée.

2 - La pratique contentieuse dénonce l'ineffectivité de cette première approche : certaines affaires doivent à l'évidence être résolues plus rapidement que d'autres. "Qui nierait, par exemple, que les litiges concernant les édifices menaçant ruine exigent un jugement immédiat ?" demande O. Dugrip²⁵⁶⁵ ; on ne saurait naturellement attendre que l'immeuble se soit effondré pour ordonner son évacuation". Un autre exemple particulièrement parlant, car au cœur d'une actualité dramatique, nous est offert par l'affaire qui a donné lieu à la troisième condamnation de la France pour lenteur de sa juridiction administrative par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le 31/03/1992²⁵⁶⁶. La requête -une action en responsabilité dirigée contre la puissance publique- émanait d'un hémophile contaminé par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine. Il paraissait légitime d'espérer que cette affaire reçût un traitement d'urgence, dans la mesure où le sida s'était déclaré fin 1990 et que les chances de survie du malade étaient évaluées entre 16 et 24 mois. Et, de fait, le tribunal administratif statua plus rapidement que de coutume, son jugement étant rendu en décembre 1991. L'hémophile décéda en février 1992, alors qu'il avait engagé une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière devait condamner la France en estimant qu'"une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence", du fait de l'importance extrême que cette procédure revêtait pour le requérant eu égard au "mal incurable qui le minait et à son espérance de vie réduite". Elle reprochait surtout au tribunal administratif "bien qu'averti de la détérioration de l'état de santé de M. X." de n'avoir pas utilisé ses pouvoirs d'injonction en vue d'accélérer la production des pièces et de presser la marche de l'instance. Malgré la relative célérité d'intervention de la décision, elle estima en conséquence que le délai raisonnable se trouvait déjà dépassé. Nous sommes ici confrontés à un cas où le juge devrait avoir une capacité de réaction particulière, même si l'affaire, c'est vrai, était très difficile à régler compte tenu de la complexité des règles d'indemnisation qui gouvernent la matière.

L'espèce sus-décrite avait certes trait au contentieux de la réparation. Mais les impératifs d'urgence sont parfois tout aussi forts en ce qui concerne l'excès de pouvoir. La matière déjà évoquée des permis de construire, et d'une manière générale le droit de l'urbanisme en fournit de nombreuses illustrations : les divers intérêts en cause, notamment financiers ou écologiques, revêtent une importance parfois telle que personne ne peut se permettre d'attendre longtemps la solution d'un litige. On sait en outre quelles conséquences irréversibles dans ce domaine plus que dans tout autre l'effet non suspensif des recours est susceptible d'entraîner²⁵⁶⁷.

B. Les solutions proposées par la juridiction administrative

"Pour que les décisions de justice ne soient pas dépourvues d'effectivité, le droit doit prévoir les mécanismes procéduraux propres à protéger les intérêts en cause dans le litige des

²⁵⁶⁵ *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, P.U.F. 1991, p.17.

²⁵⁶⁶ X. c/ France, série A, n°234-C ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.420, chronique J.-F. Flauss. La France avait en effet deux fois déjà été condamnée par la Cour pour le même motif (24/10/1989, H... c/ France, série A, n°162 ; *Revue universelle des Droits de l'Homme* 1989, p.139 ; et 26/03/1992, Editions Périscope c/ France, série A, n°234-B ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.416, chronique J.-F. Flauss) ; elle l'a été à nouveau depuis lors (Cf. notamment C.E.D.H., 24/11/1994, Consorts Beaumartin, arrêt précité).

²⁵⁶⁷ Voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre I.

conséquences dommageables de l'écoulement du temps"²⁵⁶⁸. Etudiant essentiellement les effets de l'annulation, nous nous bornerons bien sûr à analyser la prise en compte de l'urgence dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Le juge y dispose de deux correctifs pour prévenir, dans les affaires les plus sensibles, les effets néfastes que pourrait susciter sa lenteur à statuer.

1 - L'accélération du traitement de certaines affaires

Le juge peut tout d'abord et très simplement se défaire du "tour de bête", qui consiste en une classification du traitement des dossiers en fonction de leur date d'enregistrement, pour établir entre les affaires dont il est saisi un ordre d'urgence. De deux choses l'une :

* ou bien le juge est incité à ce faire par les textes. Il n'est pas rare en effet qu'une loi ou un règlement lui prescrive de statuer d'"urgence" ou d'"extrême urgence" sur un type d'affaires déterminé. Ces injonctions restent cependant bien souvent du domaine du vœu pieux si elles n'impartissent pas des délais précis à observer, et surtout si ces derniers ne sont assortis d'aucune sanction particulière. Dans ce cas, les juridictions, généralement trop encombrées, renoncent souvent à accorder la priorité sollicitée par le législateur ou le pouvoir réglementaire, sauf lorsque "l'enjeu, tant pour le justiciable que pour l'image du tribunal, est capital", comme c'est le cas pour le contentieux des reconduites d'étrangers à la frontière²⁵⁶⁹. Lorsqu'au contraire, les textes confèrent un effet radical à l'expiration du délai (dessaisissement du tribunal, requête réputée rejetée etc.), le juge fera son possible pour statuer dans les temps, sauf si cela s'avère matériellement irréalisable²⁵⁷⁰. Il convient cependant de souligner qu'hormis en matière électorale, ces délais imposés demeurent une exception très circonscrite²⁵⁷¹.

* ou bien, en l'absence de tout texte en ce sens, le juge privilégie de lui-même certaines affaires. Ce phénomène, qui a fait l'objet d'une tentative de systématisation par M. Dugrip²⁵⁷², suscite de nombreuses interrogations. Il n'est certes pas impossible de dégager certaines constantes : ainsi, il semble qu'"en général le contentieux de l'excès de pouvoir soit traité plus rapidement que le plein contentieux"²⁵⁷³ du fait du caractère d'utilité publique qui s'y attache. Mais "que les tribunaux s'accordent sur -une- définition des priorités n'implique pas nécessairement que, dans la pratique quotidienne, le traitement des affaires concernées soit en fait systématiquement assuré en priorité"²⁵⁷⁴. Cette liberté du juge induit qu'il y ait "nécessairement une part d'arbitraire dans le choix des affaires jugées en priorité"²⁵⁷⁵, les éléments le déterminant à ce faire se situant le plus souvent dans le domaine des questions de pur fait.

Certes, cette appréciation par nature subjective joue parfois au bénéfice de certains justiciables, notamment lorsqu'une situation de fait risque de se cristalliser de façon irréversible,

²⁵⁶⁸ O. Dugrip, *Cahiers de l'Institut de Droit européen des Droits de l'Homme*, 1995, art. cit. p. 7.

²⁵⁶⁹ Cf. A. Guihal, "L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif", *Revue française de droit administratif* 1991 p.819.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

²⁵⁷¹ Sur ce point, Cf. O. Dugrip, *op. cit.* pp.30 s.. A noter que ce problème des délais ne concerne pas le juge de dernière instance, le Conseil d'État ne se voyant jamais imposer une telle sujétion.

²⁵⁷² Celui-ci distingue ce qu'il appelle "l'urgence générique", déterminée tant par la matière concernée et la nature du recours exercé que par l'attitude des parties durant l'instruction, de "l'urgence spécifique" liée à des circonstances propres à une affaire. Cf. *Ibid.* pp.43 s.

²⁵⁷³ *Ibid.*, p.51.

²⁵⁷⁴ A. Guihal, art. cit., p. 820.

²⁵⁷⁵ A. Marion, *Pouvoirs* 1988, art. cit. p.29.

ou bien parce que la décision attaquée répond à des préoccupations économiques ou sociales graves et pressantes : des affaires célèbres en témoignent, comme par exemple l'arrêt *Canal*²⁵⁷⁶ dans lequel le Conseil d'État a statué en quelques semaines pour éviter l'exécution des condamnations à mort prononcées, ou l'arrêt *Barel*²⁵⁷⁷, rendu en neuf mois pour permettre aux candidats à l'E.N.A. évincés pour motif politique de savoir s'ils auraient le droit de s'inscrire au concours suivant. Mais il ne faut pas se cacher que "l'évolution de la notion d'urgence profite surtout à l'administration"²⁵⁷⁸. Le juge administratif est par nature beaucoup plus sensible à la défense de l'intérêt public qu'à celle des intérêts particuliers. Il paraît donc logique, sachant en outre combien est difficile pour une juridiction encombrée de privilégier quelques affaires au détriment d'autres²⁵⁷⁹, de voir le juge n'accélérer de lui-même la marche de certaines instances de façon significative que dans des cas extrêmes, où il considère que l'intérêt du requérant, particulièrement menacé, est à sauvegarder à tout prix. Dans ce type d'espèce, le juge dispose d'ailleurs d'un autre moyen lui permettant de pallier efficacement les inconvénients résultant de l'écoulement du temps.

2 - Le prononcé du sursis à exécution

* La lenteur de la juridiction administrative a pour principale et fâcheuse conséquence, nous l'avons dit, de laisser le droit se faire déborder par les faits. Afin d'éviter que cela ne se produise, ont été mises à la disposition du juge des procédures d'urgence qui lui permettent de cristalliser certaines situations en attendant la solution finale du litige. Il s'agit au premier chef du sursis à exécution, qui l'autorise à faire échec au principe de l'effet non suspensif des recours en paralysant l'acte administratif avant son annulation. Celui-ci trouve naturellement sa place en matière d'excès de pouvoir, à l'inverse du référé et du constat d'urgence qui concernent plutôt le plein contentieux. Ces deux dernières procédures ne présentent en effet aucun intérêt direct lorsqu'est attaqué un acte, les mesures susceptibles d'être adoptées sur leur base ne pouvant ni préjudicier au principal, ni faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative²⁵⁸⁰. Les réformes apportées par le décret du 2 septembre 1988²⁵⁸¹, qui a diversifié le régime du référé et rendu plus opératoires les mesures ainsi prononcées²⁵⁸², n'ont en rien changé les données sur ce point précis.

* Le sursis à exécution autorise la suspension de l'exécution de la décision - explicite ou implicite²⁵⁸³ - attaquée. C'est une mesure provisoire, accessoire, qui permet d'attendre l'issue de la requête en cours en empêchant que l'acte ne s'applique. En effet, lorsque le juge l'ordonne, l'auteur de celui-ci se trouve dans l'obligation d'en paralyser les dispositions jusqu'à expiration

²⁵⁷⁶ C.E., Ass., 19/10/1962, p.552 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°101.

²⁵⁷⁷ C.E., Ass., 28/05/1954, p.308, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°90.

²⁵⁷⁸ J.-C. Piedbois, "L'urgence et l'utilité dans la procédure du référé", *Gazette du Palais* 28/02/1985, doctrine, p.2.

²⁵⁷⁹ Sur ce point, voir l'intervention de M. A. Guihal, *Actes du colloque de Douai* précités, p.52.

²⁵⁸⁰ Sur ces procédures et leur utilisation par le juge administratif, voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1097 s. ; et O. Dugrip, *op. cit.* pp. 305 s.

Le seul cas où le juge des référés soit habilité à ordonner le sursis à exécution semble concerner les astreintes infligées en matière de publicité, enseignes et pré enseignes, du fait de l'article 25 de la loi du 29 décembre 1979 ; sauf à adopter une conception extensive du référé, auquel cas d'autres hypothèses pourront être dénombrées (Cf. R. Chapus, *ibid.*, n°1128 s.).

²⁵⁸¹ Sur cette réforme, voir notamment D. Chabanol, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.734 ; et C. Huglo et C. Lepage-Jessua, *Gazette du Palais*, 20/11/1988, p.2.

²⁵⁸² En prévoyant notamment le recours à un juge unique.

²⁵⁸³ C.E. 14/12/1979, Commune de Fontanil-Cornillon, p.473.

du sursis, généralement - mais pas nécessairement²⁵⁸⁴ - liée à l'édition du jugement final. A noter que ledit jugement peut aussi bien prononcer l'annulation de l'acte que rejeter la demande faite en ce sens, même si dans cette dernière hypothèse le juge est amené à apprécier les éléments du litige différemment qu'il ne l'avait fait pour octroyer le sursis, celui-ci ne possédant pas l'autorité de chose jugée à l'égard de la juridiction qui l'a ordonné. Bien qu'à première vue constituant une arme efficace pour lutter contre les effets pervers de la conjugaison de la lenteur des juridictions et du principe de l'effet non suspensif des recours, le sursis, de par l'utilisation insuffisante qui en est traditionnellement faite, trahit les hauts espoirs que l'on avait pu mettre en lui²⁵⁸⁵.

II - Les insuffisances traditionnelles

- Il faut évoquer tout d'abord, sur un plan général, les difficultés de la juridiction administrative à accélérer d'elle-même les instances qui méritent de l'être. A. Guihal remarquait avec justesse que "si les tribunaux administratifs sont devenus plus soucieux d'efficacité, il n'est pas certain que l'urgence fasse encore réellement partie de leur "culture"²⁵⁸⁶". En effet, même s'il ne faut pas perdre de vue que le comportement des diverses juridictions s'avère très variable selon le degré d'engorgement qui est le leur, on ne peut que constater et déplorer l'existence d'un "embarras certain qu'éprouvent généralement les tribunaux administratifs pour faire face de façon appropriée à l'urgence, surtout lorsqu'ils sont anormalement encombrés"²⁵⁸⁷, et espérer une évolution prochaine des comportements à cet égard²⁵⁸⁸. Mais le juge n'est pas le seul responsable de cette situation, et l'accélération des instances passera sans doute également par une évolution des attitudes de l'administration, des plaideurs et de leurs avocats, à qui l'on peut imputer certaines dérives dilatoires²⁵⁸⁹.

- En second lieu (et seul ce point peut faire ici l'objet d'une étude systématique), il faut insister sur le fait que les procédures d'urgence, et tout particulièrement le sursis à exécution, ont connu bien des difficultés à s'imposer dans le contentieux administratif comme une réalité tangible ; aujourd'hui encore, elles continuent à intéresser des "cas moins nombreux qu'on pourrait le souhaiter"²⁵⁹⁰. De même que référé et constat d'urgence qui, bien que de plus en plus mis à profit, demeurent relativement rares en pratique, le sursis n'est qu'assez exceptionnellement

²⁵⁸⁴ Notamment dans la mesure où le juge peut mettre fin de façon prématurée à celui-ci. Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1166.

²⁵⁸⁵ Cf. par exemple P. Weil, *op. cit.* p.150.

²⁵⁸⁶ A. Guihal, *art. cit.*, p. 812.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, p.816.

²⁵⁸⁸ Les tribunaux pourraient d'ailleurs y être poussés par les nouvelles dispositions en matière d'injonction (voir infra, prochaine Section). Comme le fait remarquer D. Chabanol (*Actualité juridique, Droit administratif* 1995, art. cit., p.394), la disposition qui donne au juge le pouvoir de prescrire à l'administration de prendre une décision déterminée "aura -vraisemblablement- pour effet d'inciter les juridictions (...) à ne pas statuer trop tard, pour ne pas se trouver devant l'ingérable". L'auteur imagine à ce propos l'hypothèse dans laquelle le juge reconnaîtrait le droit d'un administré à présenter un concours administratif, corrélativement à l'annulation du refus opposé à sa candidature, alors que ce concours, unique, est achevé depuis longtemps. Le fait acquis apparaîtrait ici encore plus inique qu'en matière de simple annulation !

²⁵⁸⁹ Développant ce point, voir l'intervention de D. Labetoulle dans le débat "Questions pour le droit administratif", *Actualité juridique, Droit administratif*, n° spécial du cinquantenaire, 1995, p.27.

²⁵⁹⁰ Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1148, p.861.

prononcé²⁵⁹¹. Cette carence se révèle très préjudiciable à l'efficacité, comme à l'image de la juridiction administrative ; le juge judiciaire, dont la pratique a connu une évolution exactement opposée -notamment en matière de référé- a mieux compris quant à lui l'intérêt qu'il y a à rendre efficaces de telles procédures²⁵⁹². Les insuffisances du traitement de l'urgence tiennent à n'en pas douter au caractère inadapté des textes qui les régissent, mais aussi à la façon dont ceux-ci sont appliqués par le juge.

A. Les insuffisances textuelles

1 - Un pouvoir octroyé

Le pouvoir de prendre une mesure d'urgence quelle qu'elle soit doit, pour exister, avoir été prévu par un texte²⁵⁹³; il ne fait pas partie de la panoplie des compétences générales dont dispose une juridiction, alors qu'avec M. Chapus, et s'agissant au moins du sursis à exécution, "on aurait pu concevoir qu'il -en- soit une composante"²⁵⁹⁴. Deux limites vont découler de ce principe :

a) Les seules juridictions investies de tels pouvoirs par les textes sont celles à compétence générale²⁵⁹⁵. Il n'est pas inutile de remarquer la différence ainsi instaurée entre ce régime et celui du principe de l'effet non suspensif des recours, pour sa part "doté d'une portée générale qui dépasse celle de son énoncé par des textes propres à diverses juridictions"²⁵⁹⁶: le caractère d'exception du premier par rapport à la règle que constitue le second est par là même souligné.

b) Et il se renforce à la lumière de la rédaction des différents textes qui ont octroyé aux juges la possibilité de prononcer le sursis : si le Conseil d'État a, dès l'origine²⁵⁹⁷, disposé d'une prérogative sans limite à cet égard, il n'en va pas du tout de même pour les tribunaux administratifs qui, initialement²⁵⁹⁸ et jusqu'à une date relativement récente²⁵⁹⁹, ne pouvaient ordonner de sursis qu'à l'égard des décisions administratives intéressant le maintien de l'ordre public, cette restriction n'ayant disparu qu'à la suite d'une évolution très progressive²⁶⁰⁰. Le sursis n'intervenait alors qu'à titre exceptionnel, ce à quoi veillait le Conseil d'État.

²⁵⁹¹ D'après le rapport Arthuis (précité, p.83), les tribunaux administratifs en prononcent chaque année environ 1500, et le Conseil d'État aurait en appel "une attitude apparemment plus restrictive".

²⁵⁹² Cf. notamment A. Marion, *art. cit.* p.30.

²⁵⁹³ Pour ce qui est du sursis, Cf. C.E., 9/10/1981, Michalet, p.367

²⁵⁹⁴ *Droit du contentieux administratif*, précité, n° 1148-1°.

²⁵⁹⁵ A savoir le Conseil d'État (ordonnance du 31/07/1945, art.48), les tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel (art. R.118 et R.125-2 du Code T.A.-C.A.A.) ainsi que les conseils du contentieux administratif (décret du 5/08/1881, art.62)

²⁵⁹⁶ Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°346.

²⁵⁹⁷ Article 3 du décret du 22/07/1806.

²⁵⁹⁸ Décret-loi du 30/09/1953, art.9 ; et décret du 28/11/1953, art.23.

²⁵⁹⁹ Décret du 27/01/1983.

²⁶⁰⁰ Sur cette évolution, voir Y. Gaudemet, *art. cit.* p.423.

2 - L'imperfection des textes fixant des régimes particuliers de sursis à exécution

En marge du droit commun du sursis à exécution dont nous évoquerons ci-après les imperfections, existent des textes qui aménagent des régimes spéciaux dérogatoires, dont le but est le plus souvent de rendre plus effective cette procédure dans le domaine qu'ils concernent, soit en assouplissant les conditions d'obtention, soit en fixant au juge un délai d'instruction de la demande faite en ce sens. Ces diverses dispositions souffrent de trois défauts majeurs. En premier lieu les régimes qui nous intéressent ne concernent que des hypothèses certes importantes²⁶⁰¹, mais insuffisamment multiples. Cette "tactique du grignotage"²⁶⁰² mise sur pied par le législateur ne possède pas l'envergure souhaitable pour résoudre un problème d'une telle amplitude. Parallèlement, les textes qui prescrivent de statuer d'urgence sur une demande de sursis²⁶⁰³ connaissent les mêmes limites que ceux qui tentent d'accélérer les jugements au fond, à savoir que l'inobservation du délai imparti à la juridiction concernée n'est généralement pas sanctionnée²⁶⁰⁴. Enfin, il apparaît que, "malgré leur intérêt, l'existence et le développement des régimes spéciaux de sursis à exécution (...) compliquent le régime de cette procédure et instituent un sursis à deux vitesses. Au sursis de droit commun, au régime restrictif et à la procédure lente, s'opposent les sursis spéciaux, aux conditions d'octroi assouplies et à la procédure accélérée. Cette dualité ne peut que souligner l'inadaptation du sursis à exécution de droit commun et la nécessité de son aménagement"²⁶⁰⁵.

B. Les insuffisances jurisprudentielles

Par delà les insuffisances textuelles qui viennent d'être abordées, il ne faut pas occulter que les principales difficultés du sursis à exécution tiennent à la pratique juridictionnelle, notamment imputable au Conseil d'État lui-même. Certes, on ne peut dissocier artificiellement les responsabilités respectives du juge et du législateur dans ce domaine, dans la mesure où le fait que ce dernier n'a apporté que de rares tempéraments au régime jurisprudentiel de droit commun "peut être interprété comme manifestant son accord à ce qu'il est hors de ces hypothèses"²⁶⁰⁶. Cependant, l'esprit restrictif ayant présidé à l'élaboration du système général est bien le fait du juge, et de lui seul.

²⁶⁰¹ - Loi du 10/07/1976 relative à la protection de la nature, en cas d'absence d'étude d'impact.

- Loi du 12/07/1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques, en cas de déclaration d'utilité publique prise en dépit des conclusions défavorables d'un commissaire enquêteur.

- Loi de décentralisation du 2/03/1982, pour tout acte déferé par le représentant de l'État devant le tribunal administratif.

Pour plus de précisions sur ces différents régimes, voir C. Lepage-Jessua, "Les nouvelles procédures d'urgence", *Gazette du Palais* 28/03/1985, doctrine, p. 2.

²⁶⁰² Selon l'expression de S. Tsiklitis, "Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif", *Revue du droit public* 1992, p. 679.

²⁶⁰³ C'est le cas par exemple en matière de déferé préfectoral contre une mesure menaçant l'exercice d'une liberté publique ou individuelle.

²⁶⁰⁴ Seule une hypothèse fait exception en matière fiscale. Sur l'ensemble de ce problème, voir O. Dugrip, op. cit. pp.182 s.

²⁶⁰⁵ O. Dugrip, *Cahiers de l'Institut européen des Droits de l'Homme*, art. cit. p.30.

²⁶⁰⁶ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1168, p.883.

1 - L'affirmation du caractère exceptionnel du procédé

Il convient tout d'abord de remarquer que "le texte de 1806 (concernant le Conseil d'État) plaçait sur un pied d'égalité les deux situations de sursis et d'effet non suspensif"²⁶⁰⁷. Pourtant le Conseil d'État va, dès le départ, privilégier nettement la puissance publique au détriment des intérêts légitimes des requérants, en fixant des conditions très sévères à l'obtention d'un sursis. Cette tendance trouvera d'ailleurs consécration dans l'arrêt *Huglo et autres*²⁶⁰⁸ qui, tout en qualifiant le privilège du préalable dont bénéficient les décisions administratives de "règle fondamentale de droit public", condamne une utilisation trop systématique de la procédure destinée à en paralyser le jeu : cette dernière revêt donc à ses yeux un "caractère strictement exceptionnel"²⁶⁰⁹, ce qui explique l'institution, en la matière, de limites très sévères semblant destinées à condamner toute évolution purement prétorienne. Cette vision trouvait écho, jusqu'en 1989, dans l'ancien Code des tribunaux administratifs dont l'article R.96-1 décidait que ce n'était qu'"à titre exceptionnel" que les juridictions en cause pouvaient ordonner un sursis à exécution. Bien que cette disposition n'ait pas été reprise par le décret du 7/09/1989 instituant le nouveau Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel²⁶¹⁰, on est en droit d'affirmer que "le régime applicable continue, tant du point de vue de la procédure que de celui du fond, à se présenter comme un régime d'exception"²⁶¹¹.

2 - Les restrictions posées par le Conseil d'État

La méfiance du Conseil d'État face à un procédé qu'il juge dangereux -car risquant d'entraver la bonne marche de l'administration- s'est traduite par une marginalisation de celui-ci, par son cantonnement à des hypothèses somme toute exceptionnelles²⁶¹². La rigueur manifestée par le juge se manifeste à plusieurs étages :

a) Au stade de la recevabilité

Même si certaines solutions peuvent être considérées comme assez libérales - tel par exemple le fait que la demande de sursis puisse être présentée sans conditions de délai devant la juridiction saisie d'un recours en annulation²⁶¹³ -, d'autres paraissent au contraire empreintes d'une sévérité excessive :

- la première que l'on peut relever consiste dans l'impossibilité d'obtenir un sursis contre les décisions non exécutoires, telles que les décisions négatives ou les décisions de sursis à statuer,

²⁶⁰⁷ Y. Gaudemet, *art. cit.* p.425.

²⁶⁰⁸ C.E., Ass., 2/07/1982, p.257 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.657, conclusions Biancarelli, note Lukaszewicz ; *Dalloz* 1983, p.327, note O. Dugrip ; *La Revue administrative* 1982, p.627, note B. Pacteau

²⁶⁰⁹ Selon l'expression employée par le commissaire du gouvernement P. Laurent dans ses conclusions sous C.E., 1er/10/1954, *Ministre des Finances c/ Crédit Coopératif foncier*, Lebon p.494.

²⁶¹⁰ Voir notamment J.-P. Pancraccio, *Le Quotidien Juridique*, 4 novembre 1989, p.4.

²⁶¹¹ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°1148.

²⁶¹² Au point que l'on a pu écrire que "le sursis n'est pas un droit ... (mais) une grâce en l'état actuel du droit" (F. Gazier, cité par O. Dugrip, *art. cit.* p.28).

²⁶¹³ C.E., 26/05/1971, *Commune de Gruffy*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.416, conclusions E. Guillaume, note A. de Laubadère.

En sens inverse, le justiciable peut saisir le juge de sa demande de sursis avant de déposer le recours en annulation ; elle sera recevable si ce dernier est formé dans les délais contentieux (Cf. *a contrario* C.E., 22/06/1992, Larcher, p.1235).

et ce en vertu de la jurisprudence *Amoros*²⁶¹⁴. Malgré les tempéraments qu'elle connaît²⁶¹⁵, cette restriction s'avère assez fâcheuse dans les contentieux qui, comme celui de l'urbanisme, font jouer très souvent ce type de décisions²⁶¹⁶, et la justification qui en est traditionnellement fournie - à savoir que le juge, s'il agissait autrement, contreviendrait au principe qui lui interdit d'adresser des injonctions à l'administration²⁶¹⁷ - semble au bas mot sujette à caution²⁶¹⁸. Quels qu'en soient d'ailleurs les justificatifs, on ne peut que regretter cette position de principe qui ignore à quel point une décision négative peut avoir de lourdes conséquences pour celui à qui elle s'adresse²⁶¹⁹.

- la deuxième se révèle encore plus intempestive que la précédente : il s'agit de la règle qui veut que le sursis ne se prononce qu'à l'encontre d'une décision administrative, et se trouve en conséquence exclu pour ce qui est des opérations matérielles menées par la puissance publique²⁶²⁰. Or, une solution inverse semblerait d'autant plus opportune que, nous l'avons souligné plus haut, la procédure du référé est totalement impuissante, en droit administratif, pour entraver de telles actions²⁶²¹. C'est ce qui fait dire à Mme Loschak²⁶²² qu'"hors l'hypothèse de la voie de fait où la victime a (...) la possibilité de se tourner vers les tribunaux judiciaires, il n'existe aucun moyen de faire cesser un agissement illégal de l'administration, alors même qu'il porterait atteinte à une liberté fondamentale"²⁶²³. Un exemple frappant nous en est fourni en matière d'opérations d'urbanisme illégales où, hormis le cas de "trouble manifestement illicite" prévu par l'article 809 du Nouveau Code de Procédure civile, ni le juge judiciaire²⁶²⁴, ni le juge administratif²⁶²⁵ ne sont compétents pour ordonner l'interruption des travaux. Ce n'est peut être pas le rôle du sursis à exécution de remédier à de pareilles carences, mais, en l'absence d'une procédure de référé digne de ce nom, son aménagement en ce sens aurait, sur un plan strictement pratique, pu sembler le bienvenu.

²⁶¹⁴ C.E., Ass., 23/01/1970, *Amoros* et autres, p.51 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.174, note Delcros ; *Revue du droit public* 1970, p.1035, note Waline.

Pour le cas du sursis à statuer, voir C.E., 14/03/1980, *Société des centres commerciaux*, p.836.

²⁶¹⁵ Les demandes de sursis à exécution contre les décisions de rejet sont par exemple recevables lorsque ces dernières modifient "par elles-mêmes" la situation de droit ou de fait de l'intéressé. Cf. C.E., 29/01/1986, *Kodia*, p.22 ; *Revue française de droit administratif* 1986, p.615, conclusions Dutheillet de Lamothe ; et, récemment, C.E., 25/04/1994, *Guye*, *Revue française de droit administratif* 1994, p.642.

Mais, même dans ce cas, l'appréciation à laquelle se livre le juge "est empreinte d'une rigueur certaine" : Cf. S. Tsikliritas, art. cit. p.713.

²⁶¹⁶ Voir sur ce point A. Guihal, art. cit. p.815.

²⁶¹⁷ Justification qui reste la même après la réforme de 1995 car c'est d'injonctions à titre principal qui s'agit ici (Cf. *infra* Section II).

²⁶¹⁸ Cf. notamment Y. Gaudemet, art. cit. p.425 ; et R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1160.

²⁶¹⁹ Cf. en ce sens A. Mestre, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, op. cit. p.35.

²⁶²⁰ Voir par exemple, s'agissant de travaux de voirie, C.E., 3/03/1976, *Ets Vissol-Giraud*, *Revue du droit public* 1976, p.1375.

²⁶²¹ Sur les limites structurelles qui affectent ce procédé, voir notamment M.-F. Casadéi-Jung, "Etude critique et comparative du référé administratif", *Gazette du Palais*, 16/05/1985, doctrine, p.2.

²⁶²² *Pouvoirs* 1988, art. cit. pp.52-53.

²⁶²³ Ce qui incite d'ailleurs les administrés à se tourner parfois vers le juge civil des référés en l'absence de voie de fait, en espérant que ce dernier, au prix d'une lecture extensive de cette notion -ce qui n'est pas rare, en pratique- prononce la mesure conservatoire désirée. Sur ce problème, voir notamment J.-Y. Plouvin, "Au secours, le juge civil des référés arrive", *Gazette du Palais*, 3 et 4 mars 1989, p.3.

²⁶²⁴ Voir notamment J.-P. Gilli, "Le juge judiciaire et le Droit de l'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 20/05/1993 (n° spécial), p.60 (art. cit.).

²⁶²⁵ Pour un exemple global de cette situation, voir note J. Morand-Devilleur précitée concernant l'affaire du pont de l'île de Ré.

b) S'agissant des conditions d'octroi

Ce point est trop connu pour qu'on s'y attarde longuement. On sait que le droit commun du sursis se révèle ici très restrictif, en en subordonnant la possibilité d'octroi à la présence de deux conditions cumulatives²⁶²⁶ :

- la première impose que l'acte dont on sollicite la suspension des effets soit susceptible, s'il continuait à s'appliquer, d'entraîner pour le requérant un préjudice difficilement réparable. Cette condition, qui constitue "l'expression de l'urgence"²⁶²⁷, signifie qu'il serait pratiquement impossible, au moment où interviendrait l'annulation, de faire disparaître les conséquences - notamment matérielles mais également parfois d'ordre social²⁶²⁸ - qu'aurait pu engendrer l'exécution de la décision illégale durant le temps de l'instance²⁶²⁹. Cette condition est de nature à restreindre très sensiblement les possibilités d'octroi du sursis²⁶³⁰, dans la mesure où l'interprétation à laquelle se livre le juge ne témoigne guère de souplesse. Pour n'en donner que quelques illustrations, on peut citer au hasard le principe qui veut que les préjudices exclusivement financiers n'entrent jamais en ligne de compte (car, par hypothèse évaluables en argent, ils peuvent être toujours réparés)²⁶³¹; seuls ceux qui pourraient déboucher sur des conséquences d'un autre ordre, comme par exemple la ruine d'une entreprise, peuvent justifier l'octroi du sursis. Parallèlement, le Conseil d'État s'est souvent montré sévère en matière de décisions empêchant l'exercice d'activités professionnelles²⁶³². Il nous faut en outre souligner qu'une fois encore, le juge témoigne d'un plus grand souci de préserver ce qu'il considère être l'intérêt général que de ménager les intérêts particuliers : ainsi reconnaît-il plus volontiers le caractère difficilement réparable en matière de permis de construire (bénéficiant simplement à tel administré, ou entreprise) que dans l'hypothèse d'une expropriation (censée poursuivre un objectif d'utilité publique). On peut enfin penser que c'est en raison du caractère très restrictif de cette condition que le législateur l'a fait disparaître dans les régimes spéciaux sus-évoqués.
- la seconde postule l'existence d'un moyen sérieux susceptible, au vu d'une instruction sommaire, d'entraîner à terme l'annulation de la décision attaquée. Autrement dit, il faut que pèse sur cette dernière "une forte présomption d'illégalité"²⁶³³. Bien que pouvant paraître a

²⁶²⁶ Dégagées par l'arrêt C.E., 12/11/1938, Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avions (p.840 ; *Dalloz* 1939.3.12, conclusions Dayras), ces conditions ont été depuis consacrées par les textes (art. 54-4 du décret du 30/07/1963 en ce qui concerne le Conseil d'État ; art. R.125-2 du Code T.A.-C.A.A.).

²⁶²⁷ Selon l'expression d'O. Dugrip, *op. cit.*, p. 257.

²⁶²⁸ *Ibid*, pp. 260 s.

²⁶²⁹ Pour un arrêt explicite en ce sens concernant une autorisation de défrichement, voir C.E., 20/02/1974, Société des ciments Lafage, *Revue du droit public* 1975, p.508

²⁶³⁰ Cette analyse est semble-t-il partagée par la Cour de justice des communautés européennes. Cf. C.J.C.E., 21/02/1991, Zuckerfabrik, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.237, note P. Le Mire ; *Droit administratif* 1991, n°196, note J.-B. Auby ; *Les petites affiches*, 5 juin 1991, p.24, note L. Cartou ; et 23 août 1991, p.14, note G. Sébastien.

²⁶³¹ Voir par exemple, s'agissant d'un recouvrement fiscal qui entraînerait la liquidation de l'entreprise et le licenciement de son personnel, C.E. 27/02/1984, S.A. Vêtements X, *Droit fiscal* 1984, comm. 1689, conclusions Fouquet.

²⁶³² Voir par exemple, s'agissant de la révocation d'un fonctionnaire, C.E., 13/11/1981, Lamberti, p.871 ; s'agissant de l'interdiction de continuer l'exercice d'une profession, C.E., S., 28/10/1977, Jungblut. A noter que dans ce dernier cas, le commissaire du gouvernement Galabert avait conclu différemment, ce qui montre bien la latitude d'appréciation dont dispose le juge en la matière.

²⁶³³ Selon l'expression de R. de Saint Marc, "Les notions de "préjudice difficilement réparable" et de "moyen sérieux", *Gazette du Palais* 28/02/1985, doctrine, p.5.

priori tout à fait légitime²⁶³⁴, cette condition entraîne bien des difficultés dans la pratique car elle s'y révèle d'un maniement délicat. C'est pourquoi elle n'est généralement examinée qu'une fois reconnue l'éventualité d'un préjudice difficilement réparable²⁶³⁵.

c) Le caractère facultatif du prononcé

L'hostilité affichée au sursis à exécution culmine dans la solution qui veut que, quand bien même les conditions d'octroi en seraient réunies, le prononcé ne soit jamais un droit reconnu au profit du requérant²⁶³⁶. Il est certes compréhensible, comme dans l'affaire de principe, que le juge se ménage une marge d'appréciation, afin de pouvoir, le cas échéant, repousser une demande de sursis à l'encontre d'une décision entachée d'une irrégularité externe légère et aisément régularisable. Il n'en reste pas moins qu'en rappelant que "le sursis à exécution n'est pour le juge qu'une simple faculté alors même qu'existent des moyens sérieux d'annulation et un préjudice difficilement réparable"²⁶³⁷, le Conseil d'État a voulu marquer son désir de le voir demeurer une procédure marginale, voire une "institution anormale"²⁶³⁸, tout en freinant une certaine tendance libérale qui s'était fait jour dans certains tribunaux administratifs²⁶³⁹.

3 - La tardiveté de l'octroi du sursis

Ce problème important se conjugue au précédent pour rendre plus totale l'ineffectivité du sursis à exécution. Il est bien évident qu'à l'instar du référé et du constat d'urgence, nous avons bien affaire ici à une mesure d'urgence par nature, même si ce caractère n'est pas explicitement mentionné dans les textes²⁶⁴⁰, puisque le sursis "ne trouve d'utilité qu'(...) avant l'exécution de la mesure contestée"²⁶⁴¹. Hélas, le jugement des demandes tendant à la suspension des effets d'un acte attaqué s'avère en pratique beaucoup trop lent. La cause n'en réside pas seulement dans l'encombrement dramatique des juridictions, même si cette donnée joue un rôle non négligeable ; elle découle aussi du fait que le juge répugne à effectuer l'instruction sommaire que suppose le procédé. L'exigence d'un moyen sérieux susceptible d'entraîner, à terme, une annulation peut en effet être entendue de deux façons : ou bien il s'agit d'un "moyen non dilatoire", que le juge prend en compte tout en sachant que, du fait de la rapidité de son appréciation, il subsiste un risque de se rendre compte, au stade terminal de la procédure, que celui-ci n'était pas d'une force suffisante pour entraîner l'annulation de l'acte considéré ; ou bien il s'agit d'un "moyen fondé"²⁶⁴², qui suppose que la décision dont on a

²⁶³⁴ Voir en ce sens R. Chapus, Rapport de synthèse du colloque "le juge administratif et les procédures d'urgence", *Gazette du Palais*, 6/06/1985, p.8.

²⁶³⁵ Pour plus de précisions sur ces notions, voir notamment O. Dugrip, *op. cit.* pp.256 s.

²⁶³⁶ En vertu de la jurisprudence bien connue : C.E., Ass., 13/03/1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, p.100 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.302, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; *La Revue administrative* 1976, p.380, conclusions Morisot ; *Revue du droit public* 1976, p.903, note R. Drago. Pour des exemples récents, voir T.A. Nice, 21/05/1992, Association pour la défense des sites de la Théoule, p.1218 ; *Droit administratif* 1992, n°352 ; et T.A. Nancy, 8/07/1993, Gaspard et autres, *Droit administratif* 1994, chron. p.5, conclusions M.-A. Aebischer.

²⁶³⁷ Arrêt Huglo, précité.

²⁶³⁸ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1175-3.

²⁶³⁹ Cf. J.-R. Etchégaray, "Les limites du sursis à exécution", *Gazette du Palais* 9/02/1985, p.6.

²⁶⁴⁰ Les dispositions relatives au sursis ne font même pas partie du chapitre consacré aux "procédures d'urgence" dans le Code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel (art. R.188 s.).

²⁶⁴¹ Y. Gaudemet, "Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif", *Revue française de droit administratif* 1988, p.424.

²⁶⁴² Sur cette distinction "moyen non dilatoire / moyen fondé", voir MM. Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. II, p.43.

suspendu les effets sera presque inmanquablement censurée. Or seule la première interprétation paraît correspondre à la véritable vocation du sursis, dont la finalité n'est pas d'être un jugement anticipé, mais, ni plus ni moins, une mesure conservatoire d'intérêts que guette une altération irrémédiable. C'est ce qu'implique la règle qui veut que la juridiction statue "en l'état de l'instruction à la date à laquelle elle se prononce"²⁶⁴³, des développements ultérieurs pouvant changer radicalement la vision des juges. Pourtant, la pratique juridictionnelle privilégie à n'en pas douter la seconde perception : les magistrats se montrent trop consciencieux dans l'examen de la requête, et, par crainte d'avoir plus tard à se dédire, ou pour éviter les conséquences néfastes d'une mauvaise appréciation initiale²⁶⁴⁴, approfondissent exagérément celle-ci. Et de fait, les hypothèses où les jugements terminaux rejettent l'annulation d'un acte dont le sursis à exécution a été prononcé sont très exceptionnelles²⁶⁴⁵. Ces scrupules à procéder à une instruction réellement sommaire expliquent les retards enregistrés dans la fixation du sort de la demande de sursis : même lorsque des délais lui sont impartis par les textes²⁶⁴⁶, ceux-ci ne sont pas souvent respectés²⁶⁴⁷. Devant une requête au fond parfois très confuse, les tribunaux préfèrent prolonger l'instruction du sursis au-delà du raisonnable²⁶⁴⁸, espérant obtenir des informations supplémentaires et diminuer ainsi les risques d'erreur. "On en arrive alors au paradoxe de ce qu'une décision provisoire d'urgence intervient dans ce qui devrait être un délai optimal pour un jugement sur le fond", s'indignait M. Périnet-Marquet²⁶⁴⁹. Pire encore, "certains -tribunaux- ne statuent pas sur la demande de sursis, mais hâtent l'instruction de l'affaire au fond"²⁶⁵⁰ pour éliminer tout danger de distorsion entre les deux. Cette politique du "zéro fault system"²⁶⁵¹ fait que le sursis ne remplit pas correctement sa fonction : il n'est pas rare que la décision en cause ait produit tous ses effets avant que le juge n'ait cru bon d'intervenir. Dans ces hypothèses, la juridiction ne peut que prendre acte de sa lenteur, et doit prononcer un non lieu à statuer, le prononcé d'un sursis étant désormais dépourvu de tout sens²⁶⁵².

Cette nouvelle "capitulation du droit devant le fait accompli"²⁶⁵³ est d'autant plus amère qu'elle se situe au niveau du remède envisagé pour la combattre. Lui qui devrait permettre pallier préventivement les inconvénients résultant du privilège du préalable, voici que, de par la tardiveté de son prononcé, il contribue souvent à en prendre acte et témoigne ainsi, plus que

²⁶⁴³ C.E., 7/07/1976, Znaty, p.350 ; *Revue du droit public* 1977, p.245.

²⁶⁴⁴ Sur ce point, voir A. Guihal, *art. cit.* p.818.

²⁶⁴⁵ Seules deux hypothèses semblent pouvoir en être citées ; Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1174-3.

Cette rareté corrobore l'opinion de R. Odent selon laquelle, "bien que l'arrêt de sursis ne préjuge pas juridiquement la solution qu'il adoptera lorsqu'il examinera les conclusions principales, le juge n'ordonne le sursis que s'il est à ce moment convaincu du bien-fondé de la requête" (*Contentieux administratif*, p.1163).

²⁶⁴⁶ Par exemple en matière de permis de construire pour lesquels l'article L.421-9 al.2 du Code de l'urbanisme impose, sans le sanctionner, un délai d'un mois.

²⁶⁴⁷ Hormis certaines matières dans lesquelles les délais sont particulièrement protégés, telles que le contentieux électoral ou celui des reconduites à la frontière.

²⁶⁴⁸ Le rapport Arthuis précité parle de 6 mois dans certaines hypothèses de sursis demandés à l'appui d'un déféré préfectoral.

²⁶⁴⁹ *Dalloz* 1991, *art. cit.* p. 41.

²⁶⁵⁰ Cf. A. Guihal, *art. cit.* p.818.

²⁶⁵¹ Pour reprendre l'expression d'A. Marion, *Pouvoirs* 1988, *art. cit.*

²⁶⁵² Voir par exemple, à propos d'une autorisation de déverser en mer certains déchets, C.E., 23/07/1976, Société Azote et produits chimiques, *Revue du droit public* 1977, p.726.

Voir également, dans le contentieux pourtant sensible de la reconduite à la frontière, C.E., Ass. 29/06/1990, Hablani, *Revue française de droit administratif* 1990, p.543, conclusions C. de La Verpillère.

Voir enfin, récemment, relativement à une décision de préempter un bien immobilier mis en vente alors que le transfert de propriété a déjà été prononcé et que la collectivité s'est acquittée de la somme due, C.E., 4/02/1994, Gallenmuller, *Droit administratif* 1994, n°234, observations S.F..

²⁶⁵³ Selon l'expression de D. Loschak, *Pouvoirs* 1988, *art. cit.* p.52.

tout autre procédure, de l'impuissance du juge à cet égard. Ce dernier offre de ce fait à l'administration une nouvelle "prime à l'exécution accélérée des mesures contestées"²⁶⁵⁴, au détriment du respect de la légalité. Or, de l'avis même de membres de la juridiction administrative²⁶⁵⁵, celle-ci à les moyens de renverser la tendance et, prenant exemple sur les sections administratives du Conseil d'État, de se prononcer en quelques jours sur la plupart des demandes de sursis. Le seul prix en serait une évolution de l'appréhension de ce procédé, passant par l'abandon du "respect plus superstitieux que raisonnable des prérogatives de l'administration"²⁶⁵⁶, dont le caractère anachronique, à l'heure où de nombreuses réformes mettent l'accent sur les droits des administrés, n'est plus à démontrer. C'est dans cet esprit que se placent les mesures intervenues en 1995 ; mais leur caractère insuffisamment ambitieux fait craindre leur incapacité à réduire, et plus encore à supprimer, le risque de voir se constituer les acquis abusifs qu'engendrent trop souvent les effets conjugués de la lenteur de la juridiction administrative et du principe du caractère non suspensif des recours.

III - Le manque d'ambition de la réforme de 1995

Nous ne nous contenterons pas, bien évidemment, de critiquer les mesures adoptées en 1995, mais tenterons de déterminer les adjonctions qui leur permettraient d'atteindre une plus grande efficacité.

A. Doutes quant à l'effectivité des mesures prises

La loi du 8 février 1995 manifeste la préoccupation des parlementaires de tenter de remédier aux carences sus-évoquées, et en particulier à la dernière d'entre elles (à savoir la tardiveté de l'octroi du sursis)²⁶⁵⁷. Absente du projet de loi initial, la disposition désormais inscrite dans l'article L.10 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel résulte d'un amendement de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, auquel s'est rallié le gouvernement. Mais l'option retenue par le texte final -qui organise un régime de suspension provisoire d'exécution- laisse perplexe²⁶⁵⁸ : elle consiste à autoriser les présidents des tribunaux administratifs, saisis d'une requête à cette fin, à suspendre par ordonnance (pour une durée maximum de trois mois) l'exécution d'une décision administrative frappée d'une demande de sursis à exécution, lorsque cette dernière risque d'entraîner des conséquences irréversibles et que la requête comporte un moyen sérieux²⁶⁵⁹. L'intervention d'un juge unique, à l'instar de la procédure consacrée en matière de référé-provision²⁶⁶⁰, constitue sans conteste le point positif du système ainsi prévu. Sur le reste, on peut contester l'opportunité d'introduire une

²⁶⁵⁴ Y. Gaudemet, *art. cit.* p.423.

²⁶⁵⁵ C'est par exemple l'avis de S. Hubac et Y. Robineau, *Pouvoirs* 1988, *art. cit.* p.124.

²⁶⁵⁶ R. Chapus, rapport de synthèse précité, p.6. ; pour un avis convergent, voir J.-J. Gleizal, "Le sursis à exécution des décisions administratives, théorie et politique jurisprudentielle", *Actualité juridique, Droit administratif* 1975, p.381.

²⁶⁵⁷ On trouvera trace de cette préoccupation dans le Rapport Arthuis, p.168 : "il convient d'alléger le traitement des procédures d'urgence en incitant le juge à statuer sur ces requêtes par priorité, et en posant le principe selon lequel ces demandes sont examinées par un juge unique (...)".

²⁶⁵⁸ A noter d'ailleurs que les sénateurs se sont montrés eux aussi extrêmement sceptiques sur les vertus du système proposé, au point d'en voter la suppression en première lecture, pour ne s'y rallier ensuite que de mauvaise grâce.

²⁶⁵⁹ Pour une présentation détaillée du système mis en place, voir notamment C. Lepage et C. Huglo, *art. cit.*, p.12.

²⁶⁶⁰ Article 129 du code des T.A. /C.A.A.

procédure supplémentaire²⁶⁶¹, qui plus est incontestablement "redondante"²⁶⁶² à celle du sursis à exécution, et qui a toutes les chances de ne pas atteindre le but conservatoire auquel elle répond : dans la mesure où "le fait de recourir à un juge unique ne supprime pas la nécessité d'instruire le dossier dans le respect de la procédure contradictoire, écrite et inquisitoriale"²⁶⁶³, et où l'exigence d'un moyen sérieux incitera le juge à la même minutie que celle dont il fait preuve en examinant une demande de sursis, il y a fort à craindre que le prononcé de la suspension n'intervienne guère dans de meilleurs délais que ceux de la délivrance d'un sursis à exécution à part entière²⁶⁶⁴. On peut raisonnablement penser, avec D. Chabanol, qu'"un tel article ne va donc pas bouleverser un paysage pourtant très contesté. Le caractère exécutoire des actes administratifs continuera à narguer les efforts des juges administratifs pour faire respecter l'état de droit"²⁶⁶⁵. Or, cette situation ne peut perdurer.

B. Un manque d'ambition juridiquement fâcheux

1 - L'état du droit en matière de procédure d'urgence demeure très insatisfaisant, non simplement en raison de considérations d'équité -l'administration étant bien évidemment avantagée par l'ineffectivité du sursis- mais aussi parce qu'il semble contrevenir à des impératifs constitutionnels, au moins concernant certains domaines. Le Conseil constitutionnel a en effet élaboré un véritable "statut constitutionnel du sursis à exécution"²⁶⁶⁶. L'importance que la Haute instance accorde à cette procédure contraste nettement avec l'attitude de défiance qui caractérise le Conseil d'État. M. Tsiklirias²⁶⁶⁷ a montré comment, malgré l'absence de textes sur lesquels fonder sa jurisprudence²⁶⁶⁸, le Conseil constitutionnel a imposé le procédé, d'abord en matière de police des étrangers²⁶⁶⁹ puis de sanctions administratives²⁶⁷⁰, comme une "garantie essentielle

²⁶⁶¹ Donc de nature à accaparer le temps -déjà tellement compté- des juridictions administratives, d'autant qu'en l'absence de précisions contraires, on doit estimer qu'un appel est possible à l'encontre de cette suspension (voir en ce sens, et sur l'inflation contentieuse que cela pourrait entraîner dans des cas extrêmes, D. Chabanol, *art. cit.*, pp.389/390 ; voir cependant contra, O. Sachs, *art. cit.* p.177, reprenant l'argumentation du rapporteur à l'Assemblée nationale qui déplorait que le texte n'assortisse le prononcé de la suspension d'aucune voie de recours ; l'état du droit semble devoir se stabiliser, à ce propos, sur une solution médiane, seul le prononcé d'une suspension donnant apparemment prise à une voie de recours (Cf. notamment la chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.505, interprétant l'arrêt C.E., Ass., 26/05/1995, Préfet de la Guadeloupe et M. Etna (arrêt qui considère en outre la nouvelle possibilité de suspension provisoire d'application immédiate, même sans décret en précisant la teneur)).

²⁶⁶² Selon l'expression de D. Chabanol, *art. cit.* p.389, pour qui cette procédure "ne retient pas de critères autres que ceux qui président à l'octroi du sursis à exécution". Cet avis, que partagent R. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n°1150) et E. Picard ("La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : aspects administratif", *La semaine juridique* 1995, n°3840), n'est pas celui de C. Lepage et C. Huglo qui estiment distincts les concepts de "préjudice irréparable" et de "conséquences irréversibles", ce dernier semblant englober, à l'inverse du premier, certains préjudices réparables en argent (*art. cit.*, p.12). La jurisprudence à venir tranchera.

²⁶⁶³ Rapport Sénat, 1994-1995, n°30, T.I, p.180.

²⁶⁶⁴ O. Sachs estime en outre qu'"il ne faut pas sous-estimer les effets pervers que ce mécanisme pourrait provoquer sur la procédure même du sursis à exécution : au cas où la demande de suspension aura été rejetée, la demande de sursis ne sera-t-elle pas présumée peu sérieuse, et son examen renvoyé à la date à laquelle l'affaire viendra au fond, ce que le législateur souhaite justement éviter ?" (*art. cit.* p.177).

²⁶⁶⁵ *Art. cit.* p.389.

²⁶⁶⁶ C'est là le titre de l'article de M. Tsiklirias précité.

²⁶⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁶⁸ Voir sur ce point F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, 1987, p.397.

²⁶⁶⁹ Décision n° 86-216 DC du 3/09/1986 relative à la Loi "Pasqua" ; puis décision n°89-261 D.C. du 28/07/1989 sur la Loi "Joxe".

²⁶⁷⁰ Décisions n°86-224 DC du 23/01/1987 concernant le Conseil de la concurrence ; puis décision n°88-248 DC du 17/01/1989 sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

des droits de la défense²⁶⁷¹, allant même jusqu'à censurer un projet de loi au motif qu'il avait confié le contentieux de la répression exercée par une autorité administrative indépendante à une juridiction qui n'avait pas le pouvoir d'en prononcer²⁶⁷². Dans les domaines concernés, le juge constitutionnel met donc à l'abri le justiciable de toute tentation du législateur de le priver de la possibilité d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision administrative qui le frappe. On peut même penser qu'il ne serait pas hostile à un renversement du principe de l'effet non suspensif du recours dans ces hypothèses. Mais parallèlement, il suggère au juge administratif de se montrer plus vigilant, au moins dans ces domaines où les libertés sont particulièrement en danger²⁶⁷³, et d'y rendre plus effective la conservation des situations menacées ; l'exigence constitutionnelle ne saurait se satisfaire d'une garantie simplement fictive.

2 - On mesure le caractère audacieux du "pari" tenté par le Conseil constitutionnel, au vu de l'immobilisme traditionnel de la jurisprudence du juge administratif relative au sursis à exécution. La conception du Conseil d'État diffère en effet radicalement de la vision du juge de la loi relativement aux conditions d'octroi de celui-ci²⁶⁷⁴. Deux exemples sont révélateurs : le juge administratif considère, nous l'avons vu, qu'un préjudice purement financier ne peut être considéré comme difficilement réparable, alors que le Conseil constitutionnel adopte, implicitement mais nécessairement, une position inverse²⁶⁷⁵. Parallèlement, le fait que le Conseil d'État estime que le prononcé en demeure toujours facultatif paraît en contradiction avec l'idée que se fait du sursis le juge constitutionnel en matière de répression administrative²⁶⁷⁶.

L'état du droit n'est donc en rien satisfaisant à cet égard, et malgré le rôle moteur joué par le Conseil constitutionnel depuis quelques années, "il ne faut pas se dissimuler que la réforme viendra du changement d'attitude du juge administratif lui-même"²⁶⁷⁷, ou bien de réformes législatives d'une autre ampleur que celle enregistrée en 1995.

C. Quelle voie privilégier à l'avenir ?

De prime abord, deux possibilités s'offrent à qui tenterait de résoudre le problème. Mais seule la seconde paraît raisonnablement pouvoir être mise en pratique.

²⁶⁷¹ La formule est empruntée à la décision sur le Conseil de la concurrence.

²⁶⁷² *Ibid.* A noter que le Conseil avait soulevé d'office ce moyen, ce qui souligne l'importance qu'il y attache.

²⁶⁷³ Voir en ce sens J. Rivero, "Dualité de juridictions et protection des libertés", *Revue française de droit administratif* 1990, p.737.

²⁶⁷⁴ Les deux juridictions ne sont pas non plus accordées sur la valeur juridique du procédé : alors que le Conseil d'État ne situe celui-ci qu'à un niveau réglementaire, les règles le concernant étant "relatives à la procédure devant les tribunaux administratifs" et pouvant de ce fait être aménagées, y compris dans un sens restrictif, par le pouvoir exécutif (C.E., S., 8/10/1971, S.A. "Librairie François Maspero", p.589; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.661, note MM. Labetoulle et Cabanes), le Conseil constitutionnel y voit, au moins dans les domaines sus-évoqués, une garantie accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, impliquant que seul le législateur, en vertu de l'article 34 constitution, soit compétent en ce domaine.

²⁶⁷⁵ Voir sur ce point S. Tsikliras, *art. cit.* p.709.

²⁶⁷⁶ Cf. C. Lepage-Jessua, "Un nouveau défenseur des droits des administrés : le Conseil constitutionnel", *Gazette du palais* 1987.I.212.

²⁶⁷⁷ S. Tsikliras, *art. cit.* p. 723.

1 - La difficulté de revenir sur l'effet non suspensif du recours

a) Pour atténuer les conséquences les plus néfastes de la lenteur des juridictions administratives, on pourrait tout d'abord songer revenir, au moins partiellement, sur l'effet non suspensif des recours. Les avis doctrinaux se partagent sur l'opportunité de cette éventualité. Certains pensent que le privilège du préalable s'inscrit dans une série d'avantages de l'administration qui "apparaissent, dans un contexte idéologique de rééquilibrage des relations État/société, comme des notions d'un autre âge -ce qu'elles sont"²⁶⁷⁸. Pour d'autres, à l'inverse, "la fin du privilège de l'unilatéralité (...) relève de l'ordre de l'utopie. (...) La remise en cause du privilège du préalable et du principe du caractère non suspensif du recours est difficilement concevable, sauf à paralyser l'action administrative"²⁶⁷⁹. Et c'est bien là que réside tout le problème : même si le principe d'absence d'effet non suspensif présente souvent des inconvénients majeurs, au point que, dans certaines hypothèses "l'administration sursoie d'elle-même à l'exécution des décisions qui ont fait l'objet d'un recours contentieux"²⁶⁸⁰, le renversement pur et simple de la règle gênerait à l'excès la bonne marche de l'administration, puisqu'il suffirait à un particulier désirant retarder l'opération mise en route d'exercer une action sous quelque prétexte que ce soit²⁶⁸¹. L'exécution en serait alors différée jusqu'au moment où le juge statuerait sur la requête. Certes, certains exemples étrangers pourraient laisser à penser qu'une telle "révolution" n'est pas inenvisageable²⁶⁸², mais un examen approfondi montre que, du fait de la conception extensive des finalités du recours en annulation en droit français, l'atteinte portée à l'action administrative s'avérerait trop considérable²⁶⁸³. L'équilibre - assez précaire - existant entre le juge et l'administration menacerait en outre de rompre : "il ne faut pas négliger le fait que notre juge est très puissant, et qu'il ne faut peut-être pas non plus accroître sa puissance encore", mettait en garde M. Braibant²⁶⁸⁴.

b) Trop radical dans sa généralité, ce renversement peut en revanche présenter de nombreux avantages dans certains domaines bien délimités. Le législateur en a parfois tenu compte, en décidant de façon purement dérogatoire au droit commun qu'un recours puisse suspendre les effets de l'acte contesté²⁶⁸⁵. Mais la plupart de ces hypothèses revêtent un caractère extrêmement ponctuel, et il est à regretter que les propositions formulées par le Syndicat de la juridiction administrative en 1977²⁶⁸⁶, tendant, sous certaines conditions, à multiplier les cas de

²⁶⁷⁸ L. Cohen-Tanugi, *Pouvoirs* 1988, art. cit. p.15.

²⁶⁷⁹ J. Chevallier, *Pouvoirs* 1988, art. cit. pp. 67-68.

²⁶⁸⁰ O. Dugrip, *op. cit.* p. 231.

²⁶⁸¹ Voir en ce sens J.-M. Auby et R. Drago, *op. cit.* t. II, p.33 : "Il est impossible d'admettre que le fonctionnement de l'administration soit paralysé par des recours qui seraient d'autant plus nombreux qu'on leur reconnaîtrait le caractère suspensif".

²⁶⁸² O. Dugrip, *op. cit.* p.232 : l'auteur développe l'exemple des pays de droit germanique.

²⁶⁸³ *Ibid.*, p.235.

²⁶⁸⁴ Actes du colloque de Douai précités, p.18.

²⁶⁸⁵ Pour une liste de ces hypothèses, voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, n°347 s.

A noter en particulier, la possibilité ouverte par l'article 27 de la loi du 4 février 1995 sur l'aménagement du territoire qui, en matière de marchés publics, de délégations de service public et d'urbanisme, rend automatiquement suspensive la demande de sursis à exécution formée par le préfet dès lors que ce dernier a formé sa demande de sursis dans le délai de 10 jours à compter de la réception de l'acte déferé, et ce pendant le mois qui suit ladite réception. Sur cette procédure, voir notamment J.-P. Royanez, "Les nouvelles modalités de sursis à exécution", *Les petites affiches* 1995 n°83, p.40 (avec tableau récapitulatif des différentes formes de sursis à exécution ou de suspension provisoire d'un acte administratif dans la procédure contentieuse actuelle). Sur les difficultés qu'entraîneront pareille disposition si le juge ne se prononce pas sur la demande de sursis avant le terme du mois de suspension, voir E. Picard, art. cit. p.178.

²⁶⁸⁶ *Revue du droit public* 1977, p.1379.

recours suspensifs dans des domaines sensibles²⁶⁸⁷ où la protection des administrés doit primer toute autre préoccupation, n'aient pas été suivies d'effets²⁶⁸⁸.

Devant l'impasse à laquelle aboutit le refus de mettre à mal de manière trop substantielle le principe de l'effet non suspensif des recours, il apparaît que la solution réside dans un perfectionnement sans nuances des mesures d'urgence existantes.

2 - La faculté de transformer en profondeur le sursis à exécution

Une amélioration sensible de l'effectivité du sursis à exécution passe à la fois par un assouplissement des conditions mises à sa recevabilité et à son octroi, et par une accélération réelle de son prononcé. Seul un effort conjoint du juge administratif et du législateur pourrait y conduire :

a) De la part du juge

Le sursis à exécution se doit d'être le contrepoids nécessaire à l'absence d'effet suspensif des recours, en particulier lorsque la justice se montre si peu prompte à trancher les litiges, et la vigilance du juge devrait être à la mesure des dommages irréversibles que cette règle est susceptible d'engendrer. Or, les multiples restrictions que connaît son régime (eu égard notamment aux conditions d'octroi et à l'appréciation qui en est faite) créent un déséquilibre trop marqué en faveur de la puissance publique. La juridiction administrative marque ainsi déférence excessive envers l'administration dont elle respecte exagérément le privilège du préalable, au détriment de l'intérêt légitime des particuliers à voir leur requête traitée dans un laps de temps raisonnable²⁶⁸⁹. Faire prévaloir de cette manière le souci de ne pas compromettre l'action administrative "contribue à un sentiment d'inutilité du procès administratif"²⁶⁹⁰. Mais, en dépit des nombreuses critiques doctrinales dont il a fait sur ce point l'objet, et les quelques interventions législatives destinées à assouplir l'état du droit dans certains domaines, le Conseil d'État est resté inflexible, comme en témoigne la solennité qui imprègne l'arrêt *Huglo*²⁶⁹¹.

²⁶⁸⁷ Tels par exemple que l'attribution des permis de construire, les actes concourant à une expropriation, les mesures intéressant le déroulement de la carrière des agents publics etc.

²⁶⁸⁸ Ainsi, pour O. Dugrip (*Cahiers de l'Institut européen des Droits de l'Homme* 1995, art. cit., p.19), "effet suspensif devrait être donné à tous les recours formés contre les décisions de l'administration susceptibles de porter une atteinte irréversible aux libertés publiques et individuelles. La considération des intérêts du requérant y incite. Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme pourraient le commander (...). La Cour a ainsi considéré qu'un recours sans effet suspensif n'est pas un recours efficace au sens de l'article 26 de la Convention, dès lors qu'une violation de celle-ci peut être consommée par l'exécution de la décision administrative (C.E.D.H., 18/12/1986, Bozano, série A, vol.111, paragraphes 48 et 50)".

²⁶⁸⁹ Il faut dire que le droit communautaire semble lui-aussi, en matière de sursis, privilégier les intérêts généraux au détriment des intérêts particuliers. Pour preuve l'arrêt de la C.J.C.E. *Zuckerfabrik* précité qui, s'il reconnaît au juge national la possibilité de décider le sursis à exécution d'un acte administratif pris sur la base d'un règlement communautaire dont la validité est contestée (en attendant que la C.J.C.E. ait tranché ce dernier point), subordonne ce prononcé non seulement aux deux conditions de "doutes sérieux" sur la validité de la norme communautaire et de risque de "préjudice grave et irréparable", mais également à la prise en compte de "l'intérêt de la communauté", et plus particulièrement de son intérêt financier.

²⁶⁹⁰ Y. Gaudemet, art. cit. p.427.

²⁶⁹¹ Les rares améliorations jurisprudentielles se situent en effet sur un plan strictement formel et n'assouplissent en rien les conditions d'octroi du sursis. (Cf. notamment le courant récent qui fait obligation au juge de désigner le moyen sérieux qu'il retient pour octroyer le sursis (courant retracé par R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°1162)).

Il n'existe pourtant aucune fatalité en la matière : "le fait que le sursis constitue une exception, étant contraire à la règle du caractère exécutoire des décisions administratives, ne signifie pas qu'il doit être contenu dans des limites aussi étroites"²⁶⁹². Il s'agit en fait bel et bien d'une "autocensure"²⁶⁹³ que s'inflige le juge administratif, dont le bien-fondé paraît, à l'instar de l'ancien refus d'adresser une quelconque injonction à l'administration, de moins en moins évident. Exhortons en conséquence la jurisprudence à devenir moins sévère qu'elle ne l'est, à l'heure actuelle, sur l'appréciation des conditions de recevabilité et d'octroi du sursis²⁶⁹⁴. Ainsi peut-on espérer un abandon, à terme, de la jurisprudence *Amoros*, qui rendrait recevable le sursis à exécution contre une décision de rejet, et voir le juge limiter le caractère facultatif de son prononcé aux seules hypothèses où ce dernier s'avère insuffisamment utile (notamment lorsque l'acte en cause a toutes les chances d'être régularisé)²⁶⁹⁵. Pour ce qui est des conditions d'octroi du sursis, les avis divergent : certains souhaitent l'abandon du critère des conséquences irréparables et le maintien de l'exigence d'un moyen fondé²⁶⁹⁶, d'autres prônent le contraire, du moins s'agissant d'une mesure de suspension provisoire du type de celle prévue par la loi du 8 février 1995²⁶⁹⁷. En fait, il semble qu'il n'y aurait guère d'inconvénients au maintien du double conditionnement si le juge reconsidérait chacun de ses pans : l'obligation de moyen sérieux, dont on sait qu'elle est quasiment entendue comme la nécessité de présenter moyen fondé, doit revenir à sa vocation naturelle d'exigence d'un moyen non dilatoire dans la requête formée contre l'acte en cause²⁶⁹⁸; celle de préjudice difficilement réparable mérite un accueil plus aisé au gré des différents cas d'espèce, et devrait intégrer systématiquement les hypothèses dans lesquelles un fait acquis - car irréversible, juridiquement ou matériellement parlant - est susceptible de se constituer sur la base de la décision attaquée au principal.

²⁶⁹² O. Dugrip, *op. cit.*, p.302.

²⁶⁹³ Selon l'expression de F. Moderne, *Cahiers de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, 1979, p.268.

²⁶⁹⁴ La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes y incite d'ailleurs dans les instances mettant en jeu les règles du droit communautaire. Ainsi estime-t-elle que le droit national résultant d'une disposition textuelle ou de "toute pratique législative, administrative ou judiciaire", ne peut empêcher le juge de prononcer les mesures provisoires nécessaires pour assurer l'efficacité du droit communautaire (C.J.C.E., 19/06/1990, Factortame, Rec. p.2433 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.832, observation P. Le Mire).

Sur les assouplissements du régime du sursis que cette règle est susceptible d'engendrer, voir notamment J.-C. Bonichot, "Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire", *Revue française de droit administratif* 1990, p.912 ; H. Labayle, "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers : le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne", *Revue française de droit administratif* 1992, p.619 ; et C. Debouy, "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", *La semaine juridique* 1992, n°3616, p.437.

²⁶⁹⁵ Défendant ces deux assouplissements, voir notamment R. Chapus, Rapport de synthèse du colloque "le juge administratif et les procédures d'urgence" précité, *Gazette du Palais*, 6/06/1985, pp.7 et 8.

²⁶⁹⁶ Cf. *ibid.* : "comment en effet justifier que l'exécution d'une décision administrative soit suspendue si elle n'apparaît pas entachée d'illégalité et sans même qu'on se soucie si elle est probablement illégale". M. Chapus souligne également, pour étayer son choix, que les lois qui organisent de nouvelles formes de sursis maintiennent l'exigence du moyen sérieux.

²⁶⁹⁷ Cf. D. Chabanol, *art. cit.* p.389 : "on aurait pu songer que le juge saisi d'une demande de sursis prononce, en urgence (calculée en jours, voire en heures) une mesure de suspension provisoire au vu des seuls effets de l'acte contesté, quitte à limiter dans le temps les effets de cette suspension -atteinte grave à une liberté publique ou aux intérêts du demandeur- (...), ce qui se perçoit immédiatement".

²⁶⁹⁸ Cf. *supra*.

Voir cependant *contra* R. Chapus, Rapport précité, p.8 : "Il est certain que l'appréciation du caractère sérieux des moyens serait plus rapidement faite si les moyens étaient considérés comme sérieux dès lors qu'ils auraient quelque apparence de pertinence. Mais on peut douter de l'opportunité d'un tel assouplissement. Il n'y a aucune raison pour que, à peu de choses près, il suffise de demander le sursis pour l'obtenir". En dépit de l'opinion de ce grand spécialiste du contentieux administratif, on peut raisonnablement penser qu'il existe une solution médiane entre la rigueur excessive de la jurisprudence actuelle et la permissivité qu'il craint voir s'instaurer.

b) De la part des textes

Voulant trop ménager les intérêts administratifs, la réforme de 1995 propose une solution par trop timide pour s'avérer satisfaisante. Le remède aux insuffisances actuelles ne consistait sans doute pas à inventer une procédure nouvelle et surabondante, mais bel et bien à aménager le sursis lui-même, de manière à le rendre conforme aux exigences des justiciables. Pour cela, deux lignes de force semblent se dégager :

- il faudrait tout d'abord généraliser la possibilité (organisée à l'heure actuelle par quelques textes parcellaires²⁶⁹⁹) de faire prononcer le sursis lui-même par un juge unique. Comme le relevait R. Chapus, "l'exigence que le jugement des demandes de sursis soit le fait d'une formation collégiale procède d'une exagération de la gravité que revêt la suspension de l'exécution d'une décision administrative (...). Le principe (au moins) du jugement par un juge unique conviendrait mieux, s'agissant de prendre une mesure tout à la fois urgente et provisoire"²⁷⁰⁰.

- la deuxième amélioration souhaitable (qui va de pair avec la précédente) consisterait à aligner la procédure du sursis sur celle du référé²⁷⁰¹. Elle seule paraît de nature à fournir une réponse satisfaisante aux problèmes soulevés par les dysfonctionnements actuels de son régime. Il s'agirait en somme de sinon généraliser, du moins étendre largement²⁷⁰² le système prévu par la loi de décentralisation du 2 mars 1982 en vertu duquel le préfet²⁷⁰³ peut demander au président du tribunal administratif d'ordonner d'extrême urgence le sursis à exécution d'un acte qui lui semble "de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle" : si cette analyse s'avère fondée, le magistrat ou son délégué a l'obligation de se prononcer dans les 48 heures - aucune contradiction n'étant organisée -, et de faire droit à la demande dès lors qu'un moyen sérieux la sous-tend²⁷⁰⁴. En s'appuyant sur cet exemple, le législateur pourrait garantir à l'administré le traitement rapide de sa demande, au moins dans toutes les matières qui le méritent *a priori*²⁷⁰⁵. Moyennant quelques menus aménagements supplémentaires (comme la possibilité d'octroyer un sursis à l'encontre d'une opération matérielle, et non plus simplement

²⁶⁹⁹ Le juge unique n'est actuellement habilité à prononcer un sursis qu'en matière d'urbanisme et dans le cadre des lois de décentralisation. Pour une vision synthétique de cette compétence, voir le tableau établi par J.-P. Royanez, *art. cit.*

²⁷⁰⁰ Rapport de synthèse précité, p.8.

²⁷⁰¹ Sur la question de la faisabilité de pratiquer une fusion entre les deux procédures, voir *ibid.*

A noter que l'Union syndicale des magistrats administratifs, par la voix de M. Lamy-Rested a agréé l'éventualité d'une pareille réforme (audition précitée, p.36).

²⁷⁰² Par exemple aux matières dans lesquelles le Syndicat de la juridiction administrative avait proposé, en 1977, l'instauration d'un recours suspensif.

²⁷⁰³ Une lecture littérale de la codification opérée par la loi du 8 février 1995 conduisait à interpréter celle-ci comme étendant cette possibilité à tout administré ; mais elle apparaissait contraire à la volonté du législateur, les travaux parlementaires n'ayant jamais mentionné la volonté d'ajouter au droit préexistant sur ce point (Cf. D. Chabanol, *art. cit.* p.389). Aussi, dès qu'il fut mis en mesure de se prononcer, le juge précisa que la situation n'avait pas été bouleversée par la loi de 1995, et que le préfet demeurait le seul habilité à solliciter une telle mesure (Cf. C.E., président de la section du contentieux, 8/06/1995, Hoarau, *Actualité juridique, Droit administratif*, chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux précitée).

²⁷⁰⁴ Sur ce dispositif, voir notamment R. Etien, "Le sursis de 48 heures", *Revue du droit public* 1988, p.743.

²⁷⁰⁵ En ce sens, voir J.-Y. Plouvin, *Gazette du Palais* 1989, *art. cit.* p.6.

Sur le fait qu'un tel aménagement passerait sans doute par un accroissement de la procédure orale au détriment de la procédure écrite, voir l'intervention de A. Lyon-Caen dans le débat "Questions pour le droit administratif", *Actualité juridique, Droit administratif*, n° spécial du cinquantenaire, 1995, p.26.

relativement à une décision administrative), le juge administratif apparaîtrait alors presque aussi performant que son homologue judiciaire pour prévenir la constitution d'acquis abusifs.

Que l'on se situe dans le cadre des règles gouvernant l'annulation partielle ou du phénomène de la lenteur de la juridiction administrative, il s'avère donc matériellement possible (voire facile, dans le premier cas) de diminuer, sinon supprimer les risques de constitution d'acquis abusif. Des remèdes tout aussi efficaces existent également afin de combattre un autre type d'acquis indésirable, dont la survenance est fonction tantôt du comportement du juge, tantôt de l'attitude de l'administration.

CHAPITRE 2. POUR CE QUI EST DE L'ANOMALIE IMPUTABLE TANT AU JUGE QU'A L'ADMINISTRATION : L'INSUFFISANCE DE L'EGARD AUX DROITS DU REQUERANT

La notion d'acquis, dans le domaine de l'annulation, répond largement, nous l'avons montré, à la prise en compte d'intérêts subjectifs par le juge de l'excès de pouvoir. A une stricte réponse à la question de la légalité d'un acte administratif s'est substituée une position plus nuancée, car plus respectueuse des préoccupations respectives de l'administration et des administrés ; et divers acquis sont venus tempérer, lorsque le besoin s'en est fait sentir, les conséquences drastiques que la théorie classique attachait à la censure juridictionnelle. Ce mouvement protecteur n'a pas connu d'équivalent d'une ampleur comparable eu égard au justiciable qui sollicite l'annulation²⁷⁰⁶. On a pu certes s'apercevoir que le juge de l'excès de pouvoir ne se montre pas insensible aux droits de celui-ci, puisqu'il lui arrive de les proclamer dans le corps même de la décision qu'il rend, voire de sanctionner l'atteinte que peut leur porter l'administration. Mais ni l'une ni l'autre de ces deux attitudes ne sont développées comme elles mériteraient de l'être ; et, de ce fait, il n'est pas rare de voir se constituer, à l'encontre du requérant, des acquis auxquels il aurait pu légitimement prétendre être soustrait.

SECTION 1. INSUFFISANCE DE LA CONSECRATION DES DROITS DU REQUERANT PAR LE JUGEMENT D'ANNULATION

Le jugement rendu en excès de pouvoir connaît traditionnellement certaines limites en matière de consécration des droits du requérant. Ces restrictions amènent parfois l'administration à procéder à des réhabilitations abusives de normes annulées, dans la mesure où le juge a omis de lui préciser qu'elle n'avait pas la possibilité de les édicter. Le récent renforcement des prérogatives des juridictions administratives - et plus particulièrement la reconnaissance, à leur profit, d'un pouvoir d'injonction - ne doit pas conduire à croire le problème résolu, ni révolu. Au contraire, une fois de plus, la relative timidité de la réforme entreprise nous poussera à nous interroger sur les moyens de la perfectionner.

²⁷⁰⁶ Certaines dispositions ponctuelles montrent d'ailleurs que le souci de protection de l'administration et des tiers prime souvent l'intérêt du requérant. Ainsi la loi sur l'urbanisme du 9 février 1994 (loi précitée) fait elle obligation, à peine d'irrecevabilité, à l'auteur d'un recours en cette matière de notifier sa démarche à l'auteur de la décision contestée et à son titulaire.

Paragraphe 1. Les limites traditionnelles du recours pour excès de pouvoir en la matière

De par sa fonction première, le recours pour excès de pouvoir n'a pas été spécialement aménagé, loin s'en faut, en vue de la consécration de droits revendiqués par le requérant. Cet état de fait a, dans certaines hypothèses, emporté de fâcheuses conséquences, la carence à reconnaître un droit au profit du bénéficiaire de l'annulation pouvant autoriser la création d'un acquis au détriment de ce dernier, par réhabilitation de la norme initialement censurée. Des propositions doctrinales ont par suite fleuri, sollicitant une réforme du contentieux administratif sur ce point précis.

I - La pluralité des limites traditionnelles

Classiquement, le recours pour excès de pouvoir souffre de plusieurs carences quant à la consécration de l'intérêt subjectif dont le requérant poursuit la défense.

A. La reconnaissance d'un droit ne peut classiquement, par principe, jamais s'intégrer au dispositif de la décision

Cette première restriction est inhérente à la conception traditionnelle qui fait du recours étudié un instrument au service de la légalité. Même si le but du justiciable se résume fréquemment à la protection d'un de ses droits subjectifs²⁷⁰⁷, la voie de droit qu'il emprunte demeure censément tournée vers l'appréciation sinon exclusive, du moins principale, de la régularité de l'acte qui lui sert de support. La consécration d'un droit, lorsqu'elle transparait d'un jugement d'annulation, doit occuper en conséquence une place secondaire dans le libellé de celui-ci : si elle peut venir étayer les motifs de la décision rendue, elle ne saurait en aucun cas s'insérer dans son dispositif, monopolisé par la simple censure de l'acte illégal²⁷⁰⁸. Et de fait, le Conseil d'État n'a jamais vraiment admis, en dehors des matières composant le contentieux de pleine juridiction, détenir un pouvoir qui l'autoriserait à consacrer un droit du requérant dans le dispositif même des arrêts qu'il rend. Les historiens du recours pour excès de pouvoir pourraient assurément opposer à cette assertion le courant jurisprudentiel qui, au début du siècle, permettait au juge administratif une telle démarche, celui-ci n'hésitant pas à signifier à l'administration qu'elle était tenue de prendre telle ou telle mesure précisément déterminée²⁷⁰⁹. Mais il faut bien se rendre à l'évidence que les arrêts concernés n'ont pas eu de postérité²⁷¹⁰. On ne saurait en effet leur assimiler les décisions qui, ayant annulé un refus illégal, renvoient à l'administration afin qu'elle

²⁷⁰⁷ Voir Titre précédent.

²⁷⁰⁸ Est à cet égard très explicite -même si, en l'espèce, le raisonnement suivi n'a pas abouti à une annulation- la démarche suivie par le tribunal administratif de Grenoble à l'occasion d'un litige où lui était demandé de prononcer une obligation de restitution de cartes de séjour et de travail retirées par l'administration (25/10/1978 Dlle Da Cunha c/ Ministre de l'Intérieur, *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, n°6, p.46, note J.-Y. Plouvin) : le jugement déclare irrecevables ces conclusions, mais après avoir pris le soin de préciser dans ses motifs que "l'annulation de la décision de refoulement impose à l'administration la restitution desdites pièces".

²⁷⁰⁹ Voir en particulier C.E., 30/11/1900, Viaud, dit Pierre Loti, p.683 : renvoi du requérant devant le ministre compétent pour réinscription sur une liste d'aptitude à une place déterminée ; et C.E., 30/11/1906, Denis et Rage-Roblot (2 arrêts), p.880 et p.884, conclusions Romieu ; *Sirey* 1907.3, p.17, note Hauriou : renvoi du requérant devant l'administration "pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit".

²⁷¹⁰ Il est vrai qu'ils datent d'une époque où la fusion du recours en annulation pour violation de la loi, fondé sur des droits subjectifs, et du recours pour excès de pouvoir tel que nous le connaissons était encore récente ; l'évolution ultérieure a entraîné un effacement plus complet du premier au profit du second, ce qui explique l'extinction de ce courant jurisprudentiel. Voir cependant une décision plus tardive -mais isolée- proche de l'hypothèse de l'arrêt Viaud : C.E., 19/10/1936, Sieurs Malherbe et Renard, p.890.

fasse "ce que de droit"²⁷¹¹ : ces dernières, n'allant jamais jusqu'à spécifier la teneur de la décision qui devra être prise en fin de compte, ne se démarquent guère, sinon sur un plan formel, du principe qui veut que l'autorité compétente soit de plein droit à nouveau saisie du dossier à la suite de la censure d'un premier refus²⁷¹², et ne posent en conséquence aucun problème théorique majeur²⁷¹³. Cette méthode est au contraire généralement considérée comme manifestant le souci du juge de laisser à l'administration toute la latitude nécessaire à son action²⁷¹⁴.

B. La reconnaissance d'un droit est classiquement cantonnée à certains types de litiges

Bien que le but du requérant puisse être subjectif quelle que soit la nature de l'acte contesté²⁷¹⁵, il ne peut toujours être reconnu un droit à son profit. Ainsi en va-t-il nécessairement lorsqu'est annulée une décision générale, ce caractère s'opposant par définition à ce que le juge, en censurant l'acte en cause, manifeste expressément le souci de protéger une des situations individuelles affectées plutôt qu'une autre, fût-elle celle du justiciable qui a pris l'initiative de la démarche contentieuse²⁷¹⁶. Mais cette exclusion déborde largement le cadre de la contestation des actes généraux :

1 - Il apparaît en effet, à l'étude de la jurisprudence, que la consécration effective d'un droit par le juge de l'excès de pouvoir ne se conçoit quasiment qu'à l'appui de l'annulation d'une mesure individuelle positive qui bouleversait abusivement une situation antérieure juridiquement protégée. Référence est faite bien sûr, de façon principale²⁷¹⁷, au rétablissement du déroulement normal de la carrière du fonctionnaire affectée par une décision irrégulière²⁷¹⁸, c'est-à-dire à la théorie de la

²⁷¹¹ Cf. en particulier : C.E., S., 8/06/1956, Pevet, p.236 ; C.E., S., 10/04/1964, Sieur Abrassart, p.213 ; C.E., 1^{er}/10/1975, Ardonceau, p.487 ; et C.E., S., 30/04/1976, Lacorne, p.224.

²⁷¹² Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I (notamment l'arrêt *Ministre de l'Agriculture c/ époux Bossens* précité).

²⁷¹³ C'est d'ailleurs ce que notait Romieu dès 1906 (conclusions sur les arrêts *Denis et Rage-Roblot* précitées) : "... afin de bien préciser le droit des citoyens et l'obligation de l'administration, nous ne verrions aucun obstacle à ce que le Conseil d'État, après avoir annulé l'arrêté qui rejette une demande d'autorisation fondée en droit, renvoie le demandeur devant l'autorité compétente pour faire l'acte afin qu'il soit statué à nouveau sur sa demande".

²⁷¹⁴ Voir en ce sens Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J. 1972, p.112.

²⁷¹⁵ Cf. *supra*, Titre précédent.

²⁷¹⁶ L'exclusion de la reconnaissance de droits subjectifs corrélativement à l'annulation d'une mesure générale ne signifie pas pour autant que le requérant soit totalement dépourvu d'armes pour défendre sa situation. Cela ressort notamment des deux étapes contentieuses de l'affaire *Soulat* : l'article 73 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État posait le principe d'une vocation à titularisation d'agents occupant des emplois présentant certaines caractéristiques. Le gouvernement, après avoir pris les décrets d'application nécessaires à la concrétisation de cette disposition pour les agents non-titulaires devant intégrer les catégories B, C et D, semblait ne pas vouloir agir de la sorte concernant ceux de catégorie A. L'un d'entre eux, M. Soulat, obtint dans un premier temps du Conseil d'État, en vertu de la jurisprudence *Kevers-Pascalis* (C.E., 13/07/1962, p.475 ; *Daloz* 1963, p.606, note J.-M. Auby) l'annulation d'un refus de prendre les mesures réglementaires en question (C.E., 24 juin 1992, *Soulat* ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.691, note P. Letourneur), refus qui constitue lui-même une mesure réglementaire, donc générale (C.E., Ass., 8/06/1973, *Richard*, p.405). Il est bien évident que l'intéressé ne se voyait par là-même reconnaître aucun droit à titularisation, des conclusions en ce sens étant d'ailleurs parallèlement rejetées. Il va pourtant convaincre deux ans plus tard la Haute juridiction de prononcer une astreinte à l'encontre du gouvernement qui persistait dans son immobilisme (C.E., 11/03/1994, *Soulat*, p.115 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.387, conclusions M. Denis-Linton ; *La semaine juridique* 1994, n°22333, note M. Lacombe et X. Vandendriessche). La situation du requérant est à l'évidence prise en compte et défendue dans un tel cas de figure, comme en témoignent nettement les propos du commissaire du gouvernement : "dans notre espèce, seule l'initiative du détenteur du pouvoir réglementaire permettrait de donner aux requérants la satisfaction qu'ils recherchent. Le prononcé de l'astreinte devrait faire en sorte que la décision juridictionnelle ne reste pas lettre morte".

²⁷¹⁷ On peut également assimiler à ce cas de figure celui qui résulte de la jurisprudence *Lafage* et de ses développements. A noter que dans ce cadre, il est même arrivé à titre exceptionnel que l'énoncé des mesures à prendre soit repris dans le dispositif du jugement (Cf C.E., 7/05/1975, *Roucolle*, *Revue du droit public* 1975, p.1448).

²⁷¹⁸ Outre les arrêts classiques en la matière, voir C.E., 14/01/1987, *Mlle Laucoin*, p.5 ; *Les petites affiches* 22/02/1989, p.11, note C. Guettier : le jugement ayant annulé la destitution de la requérante "comportant nécessairement l'obligation

reconstitution de carrière dont on sait que les modalités sont fréquemment précisées en détail dans le corps même de l'arrêt d'annulation. Le même schéma se retrouve toutefois dans d'autres types de litiges. Ainsi, le premier arrêt qui a mis en œuvre le dispositif d'astreinte prévu par la loi du 16 juillet 1980 s'attachait-il à faire respecter un droit de réinscription d'un nom sur un monument aux morts qui résultait d'un jugement ayant annulé la décision de l'en effacer²⁷¹⁹. Dans toutes ces hypothèses, il apparaît que le droit du requérant recoupe nécessairement la bonne exécution de la chose jugée, l'annulation supposant par nature la remise des situations irrégulièrement perturbées en l'état où elles se trouveraient si l'acte censuré n'avait jamais été édicté²⁷²⁰.

2 - Dans les autres hypothèses de contestation d'une mesure individuelle, la reconnaissance d'un droit au profit du requérant s'avère nettement plus exceptionnelle. C'est en particulier le cas pour les recours sollicitant l'annulation d'une décision négative, telle qu'un refus d'autorisation. Certes, l'administré qui en obtient la censure bénéficiera dans une certaine mesure du jugement rendu en sa faveur, puisqu'on sait que l'administration devra à nouveau statuer sur son sort en tenant compte des motifs de la décision juridictionnelle²⁷²¹. Mais rares sont les affaires dans lesquelles le juge va jusqu'à préciser à l'administration le contenu de la décision à prendre, en d'autres termes jusqu'à reconnaître le droit du requérant à l'obtention de la mesure qu'il sollicite. Il en existe cependant, et l'arrêt *Dame Bastien* en date du 28/05/1993 en témoigne²⁷²² : en vue d'annuler le refus d'affilier la requérante à une caisse de retraite, la motivation du jugement du tribunal administratif avait, aux dires du Conseil d'État, "expressément indiqué que l'intéressée -était" bien fondée à se prévaloir d'un droit à couverture sociale par la caisse" concernée ; le prononcé d'une astreinte à l'encontre de l'administration qui persiste dans son refus initial se justifiait en conséquence²⁷²³. Il s'agit cependant là de l'arbre qui cache la forêt, dans la mesure où les espèces dans lesquelles le juge se trouve en mesure de déterminer avec certitude si le justiciable peut légalement prétendre à l'édition de l'acte qu'il convoite se révèlent exceptionnelles. On touche ainsi à la troisième limite du recours pour excès de pouvoir, et non la moindre, en matière de déclaration de droit.

C. La reconnaissance d'un droit est classiquement soumise à des aléas procéduraux

Dans certains cas, comme en matière d'annulation d'une décision qui affectait le déroulement de la carrière d'un fonctionnaire, le droit reconnu par le jugement -ici droit à reconstitution de carrière- découle automatiquement, nous l'avons dit, de la décision juridictionnelle. Il en va différemment dès lors que le justiciable entend, par la remise en cause d'un refus qui lui a été opposé, se voir reconnaître le droit à l'édition d'un acte qui n'existait pas auparavant. Car il ne faut pas perdre de vue que le juge de l'excès de pouvoir, bien que pressé en ce

de réintégrer Mlle Laucoin dans ses fonctions", une astreinte est prononcée à l'encontre de l'administration récalcitrante. Il y a donc bien reconnaissance par le juge de l'excès de pouvoir d'un droit au rétablissement de la situation antérieure, droit dont l'ignorance est sanctionnée par l'emploi d'une des armes mises à la disposition du juge à cette fin.

²⁷¹⁹ C.E., S., 17/05/1985, Menneret, p.149, concl. J.-M.Pauti ; *Dalloz* 1985, p.583, note J.-M. Auby ; *La Revue Administrative* 1985, p.467, note B.Pacteau.

²⁷²⁰ Un exemple récent, tiré du contentieux de la reconduite à la frontière, mérite également d'être signalé : l'étranger qui obtient l'annulation d'une pareille mesure pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la protection de la vie privée et familiale a droit à ne pas quitter le territoire français (C.E., 21/12/1994, Mert ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.256).

²⁷²¹ Cf. Partie I, Titre 1, Sous-titre 1, les développements consacrés au remplacement obligatoire de l'acte annulé.

²⁷²² Arrêt précité ; outre cette affaire, on se reportera à la jurisprudence Ville de Mâcon abordée en première Partie.

²⁷²³ Ce prononcé d'astreinte montre bien que, lorsque par exception le juge administratif, saisi d'un recours contre une décision négative, estime pouvoir reconnaître le droit du requérant à l'obtention de la mesure désirée, l'administration est tenue de se conformer à cette prescription. Le commissaire du gouvernement D. Kessler l'a d'ailleurs expressément reconnu, puisqu'il demande au Conseil d'État d'admettre le "principe selon lequel l'annulation d'un refus peut comporter une obligation de faire, relative non au rétablissement d'une situation antérieure mais à l'accomplissement d'un acte nouveau (...) dès lors que l'annulation du refus a pour conséquence directe, ce qui est le cas ici, l'obligation de faire ...". On ne peut donc plus adhérer à la position de ceux qui soutenaient que le principe selon lequel l'annulation d'un refus ne vaut pas autorisation "reste vrai même si le juge administratif affirme que l'autorisation sollicitée constitue un droit pour le requérant" (J. Chevallier, *Actualité juridique, Droit administratif* 1972, art. cit., p.79).

sens par le requérant, n'est jamais tenu de légitimer le droit revendiqué par celui-ci. Sa seule obligation consiste à déterminer la régularité de la décision querellée, question qui demeure l'objet immédiat du litige. Et si un moyen invoqué lui suffit à forger sa conviction que l'acte en cause est bien entaché d'illégalité, il en prononcera l'annulation, quand bien même le dossier qu'il a entre les mains ne lui permet pas de pousser plus loin le raisonnement, c'est-à-dire de se prononcer avec certitude sur le bien-fondé de la prétention subjective du requérant²⁷²⁴. La déclaration d'un droit par le juge de l'excès de pouvoir ne se conçoit donc ici que dans des hypothèses assez marginales où son existence ressort avec évidence de l'instance contentieuse, ou bien lorsque l'annulation du refus illégal est basée sur la censure au fond du seul motif qui était susceptible de le justifier²⁷²⁵.

Toutes ces barrières qui entravent la pleine consécration des visées subjectives du requérant en excès de pouvoir peuvent présenter pour ce dernier de sérieux inconvénients, pour peu que des conditions juridiques fluctuantes empêchent désormais le droit légitimement revendiqué de se constituer.

II - La critique des limites traditionnelles

Le fait que le juge de l'annulation n'aille pas systématiquement jusqu'à reconnaître l'existence du droit qu'alléguait à juste titre l'auteur du recours permet, comme on le sait, à l'administration de se prévaloir d'un changement de droit applicable pour refuser à nouveau -et cette fois-ci valablement- la mesure sollicitée²⁷²⁶. Cette hypothèse, choquante en soi, se révèle quelquefois véritablement révoltante. Ce fut en particulier longtemps le cas dans le contentieux des refus de délivrance de permis de construire, pour lequel une conjonction de textes et de solutions jurisprudentielles rendait le problème spécialement aigu. De telles difficultés conduisent à examiner avec une attention toute particulière l'idée qui a germé dans l'esprit de quelques auteurs d'instaurer, à côté du recours pour excès de pouvoir, une voie contentieuse autonome vouée à la reconnaissance d'un droit, solution dont un des mérites serait d'obvier aux problèmes évoqués.

A. Des limites regrettables : l'exemple du contentieux des autorisations d'urbanisme

1 - Du fait de la souplesse des règles d'urbanisme, il n'est pas rare qu'entre le moment où le juge annule un refus qui ne peut s'appuyer, lors de sa constitution, sur aucune base légale, et celui où l'administration statue à nouveau sur le dossier, un changement de réglementation se soit produit. Or, dans la mesure où les motifs du jugement d'annulation n'ont pas intégré la reconnaissance du droit du requérant à l'obtention souhaitée - ce qui se vérifie dans la quasi totalité des cas²⁷²⁷ -, rien n'empêche *a priori* l'administration de prendre prétexte de la règle nouvellement applicable pour réserver à nouveau, mais cette fois-ci valablement, un sort défavorable à la demande²⁷²⁸. Pareille

²⁷²⁴ C'est notamment le cas lorsque le moyen retenu pour fonder l'annulation mettait en exergue une irrégularité formelle.

²⁷²⁵ On pourrait s'interroger, dans une perspective purement théorique, sur une telle possibilité de reconnaissance d'un droit acquis. Nous avons en effet souligné, à l'occasion du Titre précédent, la nécessité de l'intervention d'une mesure individuelle pour matérialiser le droit auquel la norme réglementaire donne vocation. Or, ici, aucune mesure de ce type n'est venue le consacrer (au contraire, la seule mesure individuelle édictée tendait à le dénier). Faut-il déduire de cette situation qu'un droit acquis peut naître directement d'un règlement ? Nous ne le pensons pas. En effet, il existe bel et bien, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, une norme-relais qui pallie avantageusement l'absence de mesure individuelle : c'est le jugement prononcé, à lui seul suffisant pour cristalliser le droit acquis, et pour imposer la prise d'une décision qui lui donnera définitivement corps.

²⁷²⁶ Cf. Partie I, Titre 1, Sous-titre 1, le problème de la rétroactivité des mesures prises à la suite d'un jugement d'annulation.

²⁷²⁷ Voir (*ibid.*) nos développements sur la jurisprudence *Matelt c/ Perrin*.

²⁷²⁸ Le rejet de la demande devenant alors, en vertu de la terminologie privilégiée par notre étude, une norme acquise car réhabilitée à la suite d'une annulation originaire.

situation, qui s'est d'ailleurs bien souvent rencontrée en pratique²⁷²⁹, apparaît, on en conviendra, bien peu satisfaisante non seulement en regard des nombreux principes fondamentaux qu'elle bafoue²⁷³⁰, mais également sur un plan purement pratique, le pétitionnaire se trouvant alors totalement dépourvu de moyens propres à sanctionner l'abus initial : non seulement il lui est impossible, en l'absence de reconnaissance expresse de son droit de construire par le jugement d'annulation, d'obtenir l'annulation au fond du nouveau refus juridiquement fondé, mais, au surplus, le Conseil d'État s'oppose à ce que soit réparé à son profit le préjudice causé par l'illégalité de la première décision. Cette jurisprudence sévère, mais fermement établie²⁷³¹, s'appuie sur un raisonnement qui postule qu'à l'origine du préjudice causé par le requérant ne se trouve pas l'illégalité fautive sanctionnée par l'annulation du premier refus²⁷³², mais bien l'intervention du nouveau document d'urbanisme ; or l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme pose le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par de tels documents²⁷³³.

2 - Bien que la doctrine n'ait pas manqué de souligner le caractère fortement critiquable de cette construction²⁷³⁴, il paraissait tellement peu probable que le juge administratif accepte spontanément de la renverser qu'il est revenu au législateur de trouver une solution à même de court-circuiter les conséquences néfastes qu'elle engendrait au détriment du pétitionnaire²⁷³⁵. Ce "subterfuge" circonstanciel, même s'il semble propre à résoudre la quasi-totalité des problèmes qui se posaient en la matière²⁷³⁶, ne doit toutefois pas masquer le fond du problème, dans la mesure

²⁷²⁹ Et ce, en particulier, parce que la lenteur du juge administratif se conjugue en ce domaine avec l'impossibilité d'obtenir un sursis à exécution, la nature même de la décision attaquée (décision négative) s'y opposant (Cf. C.E., 25/07/1975, Société IFCOP, *La semaine juridique* 1976, II, n°18213, note G. Liet-Veaux).

²⁷³⁰ Il apparaît en effet qu'une telle construction viole le principe constitutionnel d'égalité de traitement des citoyens devant la loi, un autre administré ayant pu, au moment où l'intéressé a essuyé le refus irrégulier et à situation égale, se voir légalement octroyer un permis de construire. Le respect du droit de propriété n'est pas plus assuré car, s'il peut subir des limitations du fait de dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation du sol, il est anormal que de telles limitations résultent de simples décisions individuelles irrégulières.

²⁷³¹ Initialement consacrée par un arrêt Matelt c/ Société Pavita (C.E., 25/01/1978 ; *Dalloz* 1979, p.143, note F. Moderne) et confirmée par trois arrêts de 1985 (voir chronique J.-P. Gilli précitée, *Revue française de droit administratif* 1986, p.470), cette jurisprudence avait cependant semblé marquer un instant le pas (Cf. C.E., 31/10/1986, Ministre de l'Urbanisme c/ Desgranges, *Revue française de droit administratif* 1987, p.658; note J.-P. Gilli). Ce n'était en réalité qu'un faux-semblant, puisque le Conseil d'État l'avait ultérieurement réaffirmée avec force. Voir notamment C.E., 29/09/1989, Mme Lamarche-Jacomet, p.180 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.70, note J.-B. Auby, et p.97, chron. E. Honorat et E. Baptiste ; *Dalloz* 1990, Somm. com., p.301, obs. P. Bon et Ph. Terneyre ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 1990, p.229, note H. Jacquot ; ainsi que C.E., 7/03/1990, Ministre de l'Urbanisme c/ Bore de Loisy, *Dalloz* 1991, Somm. com., p.230, obs. P. Bon et Ph. Terneyre.

²⁷³² Illégalité, soit dit au passage, dont le Conseil d'État a toujours admis qu'elle est de nature à engager la responsabilité de l'autorité qui l'a commise.

²⁷³³ Voir notamment J.-B. Auby, "Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du Code de l'Urbanisme", *Droit et Ville* 1981, n°10, p.169 ; et G. Liet-Veaux, "L'indemnisation des sujétions d'urbanisme", *La Revue administrative* 1984, p.460.

²⁷³⁴ Les critiques contestaient essentiellement la notion de causalité retenue par le Conseil d'État : Cf. J.-P. Gilli, *Revue française de droit administratif* 1986, art. cit. p.472.

²⁷³⁵ Il s'agit de la disposition déjà citée issue de la loi n°94-112 du 9/02/1994 créant l'article L.600-2 du Code de l'urbanisme (disposition qui trouve sa source dans le rapport Labetoulle sur le droit de l'Urbanisme (rapport précité), relayé par un projet de loi déposé en novembre 1992 par J.-L. Bianco (Doc. A.N., n°3077)). En vertu de celle-ci, l'administration se trouve obligée, lorsqu'elle est amenée à statuer à nouveau à la suite de l'annulation juridictionnelle d'un refus de permis de construire, de se référer aux textes en vigueur lors de l'instruction de la demande initiale (sous réserve que l'annulation soit devenue définitive et que la confirmation de la demande soit effectuée dans les six mois suivant la notification de l'annulation au pétitionnaire). Le dispositif ainsi prévu se rapproche de ceux qui existaient déjà en matière de certificats d'urbanisme (art. L.410-1 du Code de l'urbanisme) et surtout de lotissements (article L. 315-8). Voir sur ce dernier point P. Hocrétaire, "L'annulation du refus illégal du permis de construire", *Droit administratif*, mars 1994.

²⁷³⁶ Il paraît en effet pratiquement condamner la jurisprudence Lamarche-Jacomet à ne jouer que dans des hypothèses résiduelles où l'administré aura omis de confirmer sa demande dans les six mois.

notamment où de telles difficultés ne se cantonnent pas forcément au contentieux des autorisations d'urbanisme, mais peuvent concerner l'ensemble des litiges portant sur un refus administratif quelconque. Le nœud gordien résulte de ce que le juge de l'excès de pouvoir ne souhaite pas en général, lorsqu'il annule une décision négative, pousser trop loin ses investigations, pour ne pas avoir à reconnaître éventuellement le droit du requérant à l'obtention de la mesure irrégulièrement refusée²⁷³⁷. C'est pourquoi on doit marquer ici un intérêt particulier aux propositions d'une partie de la doctrine tendant la création d'une voie de droit originale, de nature à pallier les insuffisances de ce type trahies par le recours pour excès de pouvoir.

B - Des limites regrettées : les propositions doctrinales visant à la création d'une "action en déclaration de droit" à part entière

1 - Depuis les années 1980, quelques voix se sont élevées pour déplorer les carences du recours pour excès de pouvoir en matière de déclaration de droit, et pour suggérer l'instauration d'une voie contentieuse complémentaire susceptible de remédier à ce manque²⁷³⁸. Le nouveau recours que ces auteurs appellent de leurs vœux s'inspire d'exemples étrangers, et notamment européens²⁷³⁹ ; il permettrait au juge "de constater que le requérant est juridiquement fondé à demander à l'administration compétente de prendre un acte administratif (généralement individuel) déterminé", ou, en d'autres termes, "de dire si, dans une situation déterminée, l'administration a l'obligation d'agir de telle ou telle façon"²⁷⁴⁰. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'autoriser le juge à se substituer à l'autorité compétente en prenant à sa place l'acte défaillant, procédé qu'interdisent à la fois le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active²⁷⁴¹, et l'incapacité matérielle des magistrats à édicter des décisions administratives²⁷⁴² ; il est simplement préconisé de lui permettre de prescrire l'acte qu'imposait la règle de droit, pour mettre fin à l'hypocrisie de la fiction de l'annulation d'une décision négative²⁷⁴³. L'organisation d'une voie

²⁷³⁷ Si le juge avait été jusque-là en matière d'annulation de refus de permis de construire, il n'y aurait eu en effet aucun problème : d'abord parce que l'administration n'aurait pu en principe, comme nous allons le voir, réitérer son refus ; ensuite parce que, si malgré tout elle décidait d'agir de la sorte, rien ne s'opposait à la réparation du préjudice subi par le requérant dans la mesure où l'article L.160-5 admet une exception au principe de non-indemnisation s'il résulte des servitudes nouvelles une "atteinte à des droits acquis".

²⁷³⁸ Cf notamment M. Ricard, "Plaidoyer pour la reconnaissance d'un recours en déclaration de droit" *Gazette du Palais* 1984.2, p.345 ; et J.-M. Woehrling, "Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif", in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, C.N.R.S. 1986, p.73 ; ainsi que la note du même auteur sous l'arrêt A.B.C. Engineering (*Gazette du Palais* 1989, 2, p.723) ; voir également G. Boulanger et G. Dupaigne, "La balance sans le glaive", *Gazette du Palais* 1987, p.468.

A noter qu'hormis ce dernier article, l'accord se réalise sur l'idée de création d'un nouveau type de recours contentieux, plutôt qu'un simple aménagement du recours pour excès de pouvoir.

²⁷³⁹ Nous faisons essentiellement référence à la "Verpflichtung-sklage" dans la procédure contentieuse allemande et à la "déclaration" existant en droit anglais. Pour une présentation détaillée de ces recours, voir l'étude de MM. J.-M. Woehrling et P. Moor in *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, éditions du C.N.R.S., Paris, 1985, pp.85 s.

²⁷⁴⁰ Ces éléments de définition sont ceux que propose J.-M. Woehrling, *Gazette du Palais* 1989, note précitée, p.724.

²⁷⁴¹ Pour plus de précisions sur ce principe, voir *infra*, paragraphe 2.

²⁷⁴² Sur ce dernier point, voir notamment M.-A. Glélé, "Le recours contre une décision administrative négative", *Actualité juridique, Droit administratif* 1970, p.21 : "A supposer même que le juge se reconnaisse le pouvoir de substitution, il ne pourra pas toujours l'exercer ; en effet, lorsqu'il s'agira (...) de l'octroi d'une prestation, par exemple délivrance d'un alignement ou du permis de chasse, le Conseil d'État, du fait même de la répartition et de la séparation des fonctions, se trouvera matériellement désarmé, sans moyen d'action".

²⁷⁴³ Pour illustrer ce dernier point, nous nous permettrons de citer un assez long passage de la note de J.-M. Woehrling précitée (p.729) : "Bien que l'habitude ait quelque peu obscurci la vision des juristes français, il est clair, à la réflexion, qu'une action tendant à la suppression d'un acte négatif a une dimension paradoxale pour ne pas dire surréaliste. Elle ne constitue manifestement qu'un pis-aller tenant à l'absence d'un autre mode d'action. La démarche consistant à faire disparaître quelque chose qui n'existe pas a été inventée par la pratique et par la jurisprudence pour contourner l'absence

contentieuse *ad hoc* éviterait la relégation de telles constatations aux seuls motifs du jugement rendu, ainsi que leur soumission aux aléas procéduraux auxquels il a été fait allusion plus haut.

2 - L'apport d'une pareille innovation ne se résumerait d'ailleurs pas à cette clarification du contentieux. Ses partisans contestent en effet l'opinion assez répandue selon laquelle l'annulation d'une décision négative offre aux requérants les mêmes avantages que ceux qu'ils tireraient d'une déclaration de droit en bonne et due forme²⁷⁴⁴ ; et les difficultés sus-décrites en matière d'autorisations d'urbanisme sont de nature à nous en convaincre. De telles complications seraient en effet par principe exclues dans le système proposé : le juge étant amené à constater explicitement le droit existant au profit du requérant, l'administration ne saurait, sauf à violer la chose jugée, prendre argument d'un changement de droit pour se dispenser de matérialiser celui-ci. Par nature déclarative, la nouvelle voie de droit envisagée produira rétroactivement effet au plus tard à compter du jour où la dénégation du droit - qui aura engendré le recours - se sera produite²⁷⁴⁵ ; ainsi cristallisé, le droit juridictionnellement reconnu ne pâtira en aucune manière d'évolutions textuelles ultérieures, et le requérant pourra toujours s'en prévaloir.

Ces projets sont pour l'instant demeurés lettre morte. Il est vrai qu'"une telle innovation (...) se heurte à des habitudes de pensées trop enracinées", et ce bien qu'elle soit "tout à fait dans l'esprit du droit administratif français", certains contentieux spéciaux tels que le contentieux fiscal, celui des installations classées ou des immeubles menaçant ruine réservant au juge un rôle analogue²⁷⁴⁶. A l'heure où s'annonçait une grande réforme des pouvoirs des juridictions administratives, on leur a préféré un simple aménagement du recours pour excès de pouvoir de portée nettement plus modeste.

d'une voie d'action directe permettant de sanctionner de façon contentieuse l'inaction de l'administration ou son refus d'édicter l'acte sollicité par le requérant. Il est évidemment beaucoup plus logique de faire constater par le juge, de manière directe, que l'administration a l'obligation d'édicter cet acte, plutôt que de recourir à la fiction de l'annulation d'un acte négatif. Il en est tout particulièrement ainsi lorsque le refus de l'administration présente une forme implicite, résultant de son silence".

²⁷⁴⁴ Voir notamment en ce sens M. Letourneur, "L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens", *Revue internationale des sciences administratives* 1965, p.24 ; et les conclusions Schrameck précitées (*Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.473), faisant leur l'analyse que pratiquait déjà Romieu au début du siècle : "si l'annulation d'un refus a en apparence un caractère purement doctrinal, il n'en est pas moins vrai qu'en fait elle aboutit à un résultat pratique ; il est bien évident, en effet, que l'administration, à qui vous venez de dire solennellement par arrêt que son refus est illégal, ne pourra se dispenser d'accorder l'autorisation sollicitée".

²⁷⁴⁵ Sur cette question, voir notamment Mazeaud, "De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits", *Revue trimestrielle de droit civil* 1929, p.17.

Voir également les développements consacrés à la rétroactivité en première Partie : le droit acquis étant reconnu par le jugement, l'administration a compétence liée pour le matérialiser. Les deux conditions de la rétroactivité (compétence liée résultant d'une décision de justice) sont bel et bien réunies.

²⁷⁴⁶ Sur ce points, voir J.-M. Woehrling, "Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français", *Revue française d'administration publique* 1984, n°30, p.37.

Paragraphe 2. La relative timidité de la réforme entreprise²⁷⁴⁷

Il aurait été vain d'attendre du Conseil d'État qu'il crée, par voie prétorienne, une action en déclaration de droit. La Haute juridiction avait en effet clairement marqué son hostilité à l'instauration d'un pareil recours dans une affaire où elle avait été saisi de conclusions en ce sens²⁷⁴⁸ : la société requérante souhaitait l'obtention d'un permis de construire ; après avoir obtenu l'annulation d'un premier refus, elle avait subi un second revers et demandait cette fois au juge non seulement l'annulation de la nouvelle décision, mais également de reconnaître son droit à la délivrance de l'autorisation désirée. Le Conseil d'État n'a manifestement pas daigné porter grande attention à cette démarche contentieuse pourtant relativement originale, puisque celle-ci a été littéralement "balayée par un simple arrêt de sous-sections réunies, sommairement motivé par une référence au principe interdisant au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration"²⁷⁴⁹, arrêt qui, de surcroît n'a été ni publié, ni même mentionné au Recueil *Lebon*. Une telle désinvolture réduisait à néant les espoirs de ceux qui attachent, à l'inverse, une importance fondamentale, tant sur le plan théorique que pratique, à la consécration d'une voie de droit de ce type. Le rapport du sénateur J. Arthuis sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif devait cependant à nouveau attiser leurs illusions, puisqu'il appelait expressément de ses vœux une évolution vers les "jugements déclaratoires de droits"²⁷⁵⁰. Mais l'innovation législative qui s'en est suivie, si elle autorise depuis peu le juge à ordonner un comportement déterminé à l'autorité administrative, ne satisfait pas toutes les attentes : ce nouvel état du droit, bien que ruinant la motivation de l'arrêt *Société A.B.C. Engineering* sus-décrit, semble en effet bien loin d'ouvrir la voie au recours souhaité.

I - Une portée en apparence révolutionnaire : l'introduction de l'injonction dans le contentieux administratif

"Il est prévu de renforcer les pouvoirs des juridictions à l'égard des collectivités publiques en leur donnant la possibilité, lorsqu'elles sont saisies de conclusions en ce sens, de prescrire la mesure d'exécution ou la nouvelle décision qu'appelle nécessairement pour l'administration la bonne exécution du jugement ou de l'arrêt". C'est ainsi que le projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative en date du 1^{er} juin 1994²⁷⁵¹ présentait le principal apport -s'agissant du contentieux administratif- du texte législatif à venir²⁷⁵². A première vue, il s'agit d'une nouveauté juridique de première importance, tant était forte, jusqu'alors, l'hostilité du juge de l'excès de pouvoir au procédé²⁷⁵³.

²⁷⁴⁷ Nous insistons dès à présent sur le fait que les développements qui vont suivre ne s'intéressent qu'aux apports de la loi relatifs au problème de l'injonction *stricto sensu*. En effet, comme nous aurons l'occasion de nous en apercevoir plus loin, on ne saurait qualifier de "timides" les innovations que le dispositif législatif opère en matière d'astreintes administratives.

²⁷⁴⁸ C.E., 8/06/1988, S.A.R.L. A.B.C. Engineering, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.473, conclusions O. Schrameck ; *Gazette du Palais* 1989, 2, p.723, note J.-M. Woehrling précitée.

²⁷⁴⁹ J.-M. Woehrling, *ibid.*, p.724.

²⁷⁵⁰ Rapport précité, pp. 170/171.

²⁷⁵¹ Doc. Ass. Nat., 6 juin 1994, n°1335.

²⁷⁵² A savoir les articles 62 et 77 de la loi du 8 février 1995 précitée concernant pour le premier les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, et pour le second le Conseil d'État "lorsqu'il règle au fond un litige", c'est-à-dire quand il n'est pas saisi en tant que juge de cassation.

²⁷⁵³ Selon R. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n° 807) cette réforme "représente un changement que l'on peut qualifier de spectaculaire. Il n'est pas douteux qu'avec la loi du 8 février 1995, une page de l'histoire du régime du contentieux administratif a été tournée".

Voir également D. Chabanol, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, *art. cit.*, p.393 : "Ainsi s'effondre un antique tabou que l'on ne regrettera pas".

A. Le refus traditionnel du juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration

1 - La fermeté du refus

Jadis, dans le système dit de la "justice retenue", le Conseil d'État acceptait d'adresser des injonctions à l'administration parce qu'il était couvert par l'autorité du chef de l'État qui devait avaliser les arrêts rendus²⁷⁵⁴. C'est l'octroi de la justice déléguée à la Haute juridiction, dans les années 1870 à 1880, qui va modifier l'attitude de celle-ci²⁷⁵⁵. Seules désormais vont être tolérées les injonctions "d'instruction", c'est-à-dire celles que le juge est amené à prononcer de par son pouvoir inquisitorial à l'encontre des parties, dans le but de les contraindre à fournir des les documents qu'il estime devoir être portés à sa connaissance²⁷⁵⁶. Quant aux autres formes d'injonction, elles étaient par principe prohibées. Les conclusions présentées à cette fin étaient frappées d'irrecevabilité²⁷⁵⁷ ; le juge ne pouvait en prononcer d'office. Le principe interdisant au juge de donner des ordres à l'administration *lato sensu*²⁷⁵⁸ était très solidement ancré dans les moeurs de la juridiction administrative ; il était d'ailleurs réaffirmé avec constance²⁷⁵⁹. Le juge en avait fait, de plus, un moyen d'ordre public²⁷⁶⁰.

2 - Le double fondement du refus

a) La solution qui nous préoccupe trouve sa source théorique dans le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Il ne s'agit pas d'un réel principe juridique, dans la mesure où il n'a jamais été expressément mentionné ni par le Conseil d'État, ni par aucun texte de portée générale, mais simplement dégagé par la doctrine pour remédier à la confusion qui existait jadis entre juges et administrateurs²⁷⁶¹. Il se compose de deux sous-principes qui se contrebalancent : le premier interdit à l'administration de se conduire en juge ; le second fait défense au juge de faire acte d'administrateur. C'est de cette dernière branche que découle la réticence du juge à enjoindre quoi que ce soit à l'autorité administrative. Celui-ci considère en effet

²⁷⁵⁴ Cf. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J. 1970, pp.189 et s. ; Cf également A. Mestre, *op. cit.*, p.59 et s.

²⁷⁵⁵ Sur ce point, voir notamment : H. Oberdoff, *op. cit.* pp.72 et s.

²⁷⁵⁶ C.E., S., 1er mai 1936, Couespel du Mesnil, p.485 : il appartient au juge "d'exiger de l'administration compétente la production de tous les documents susceptibles d'établir sa conviction et de permettre la vérification des allégations du requérant".

Voir également : C.E., Ass., 28/05/1954, Barel et autres, p.308, concl. M. Letourneur ; *Daloz* 1954, p.594, note G. Morange ; *Revue du droit public* 1954, p.509, note M. Waline.

²⁷⁵⁷ Cf., par exemple, C.E., 22/11/1968, Ville de Toulouse, p.587.

²⁷⁵⁸ Le principe englobait en effet également les personnes privées associées à l'exécution d'un service public et bénéficiant à cette fin de prérogatives de puissance publique. Cf notamment, s'agissant de Fédérations sportives, C.E., 11/05/1984, Pebeyre ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.559 ; et C.E., S., 25/01/1991, Vigier ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.389, conclusions A.-M. Leroy.

²⁷⁵⁹ Pour un arrêt très explicite à cet égard, voir C.E., 04/02/1976, Elissonde, p.1069 ; *Droit administratif* 1976, n°89 ; et pour une liste des décisions les plus récentes, voir F. Moderne, "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?", *Revue française de droit administratif* 1990, pp.798 s., et surtout p.840, note n°40 ; liste à laquelle on peut ajouter C.E., Ass., 12/03/1993, Union nationale écologiste, p.67 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1993, p.375.

²⁷⁶⁰ C.E., 17/04/1963, Ministre des anciens combattants et victimes de guerre c/ Faderne, p.224 ; *Daloz* 1963, J., p.688, note L. Di Qual ; et 25/10/1978, Dlle Madre, p.391 ; *Daloz* 1979, p.576, note C. Lavalie.

²⁷⁶¹ Sur le fait que l'interdiction de l'injonction ne peut se rattacher au principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs, voir notamment F. Moderne, *art. cit.* pp.804 et s.

que lui donner un ordre constitue une immixtion dans le domaine de l'administration active et équivaut à se substituer à elle, ce que proscriit à l'évidence le sous-principe considéré²⁷⁶².

b) Au delà de cette justification théorique, la prohibition des injonctions possédait un fondement pratique. En refusant d'ordonner quoi que ce soit à l'autorité administrative, le juge faisait en effet preuve de "réalisme politique", car il savait que l'exécution des décisions de justice par l'administration ne pouvait être que volontaire et spontanée. Contrairement à la conception anglo-saxonne qui tend à soumettre l'administration au droit dans les mêmes conditions que les autres acteurs sociaux, le Droit français aménage un régime juridique spécial favorable aux personnes publiques. Une des particularités les plus remarquables de ce statut privilégié réside dans l'exclusion, à l'encontre de l'administration, des voies d'exécution de droit commun (saisie-arrêt, saisie mobilière ou immobilière...)²⁷⁶³. Cela s'explique par le fait qu'une collectivité publique est par définition solvable, et qu'elle doit être réputée "honnête homme"(sic)²⁷⁶⁴. A cela s'ajoute le principe d'insaisissabilité des biens et des deniers publics²⁷⁶⁵. Devant cette carence de moyens susceptibles de contraindre l'administration à se plier aux décisions de justice, le juge a préféré prévenir autant que possible les conflits ouverts avec elle. Faisant sienna la maxime selon laquelle "pour éviter de n'être pas obéi, mieux vaut ne pas donner d'ordres"²⁷⁶⁶, il s'est abstenu d'adresser à l'autorité administrative des injonctions qui n'auraient pu en tout état de cause qu'aboutir à la froisser, voire à l'inciter davantage à passer outre aux décisions de justice²⁷⁶⁷.

B. La remise en cause partielle de cette "automutilation"²⁷⁶⁸ difficilement justifiable

1 - Les failles de l'analyse traditionnelle

Le pouvoir d'enjoindre est une des composantes naturelles du pouvoir de juger : on admet traditionnellement que ce dernier se compose non seulement de l'obligation de dire le droit, mais aussi d'ordonner que soient prises toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement de la justice²⁷⁶⁹. Le Conseil d'État lui-même n'a-t-il pas érigé en principe général du droit "le pouvoir qui appartient au juge d'assortir d'une astreinte les injonctions qu'il adresse aux parties"²⁷⁷⁰? En outre,

²⁷⁶² Voir sur ce point H. Grach, *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration*, Thèse Paris 1912, p.82.

²⁷⁶³ Cf. notamment L. Jacquignon, "L'exécution forcée sur les biens des autorités et des Services publics", *Actualité juridique, Droit administratif* 1958, p.21.

²⁷⁶⁴ E. Laferrière, *op. cit.*, t.1, p.347.

²⁷⁶⁵ La Cour de Cassation a récemment rappelé l'absence de voies d'exécution contre l'administration en dehors de l'astreinte, ainsi que le "principe général du droit" suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables, (C. Cass., 1ère civ., 21/12/1987, Bureau de recherches géologiques et minières, arrêt précité).

²⁷⁶⁶ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, p.485.

²⁷⁶⁷ Dès 1907, Hauriou voyait dans le fait que "l'administration n'aimerait pas à en recevoir" la raison de la prohibition de principe de toute injonction.

Cf. note précitée sous C.E., 30/11/1906, Denis et Rage-Roblot.

²⁷⁶⁸ Selon l'expression de M. Moderne, *art. cit.* p.807.

²⁷⁶⁹ C'est là la fameuse distinction entre *jurisdiction* et *imperium* opérée par Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, 2e éd., Paris 1818, p.139. Ce faisant, cet auteur reprenait une tradition qui existait déjà dans le droit romain.

²⁷⁷⁰ C.E., Ass., 10/05/1974, Barre et Honnet, p.276. *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.525, chron. MM. Franc et Boyon ; *Revue trimestrielle de Droit civil*, p.353, obs. Normand.

le fait de donner un ordre à l'administration se distingue nettement d'une situation de substitution du juge à cette dernière dans la mesure où le pouvoir de décision reste détenu par elle, bien que lié par l'intervention de la décision de justice. De nombreuses juridictions administratives étrangères l'ont bien compris qui, quoiqu'obéissant elles aussi au principe de séparation du juge et de l'administrateur, ne craignent pas d'adresser des ordres aux différentes autorités administratives²⁷⁷¹. Et la jurisprudence européenne exhorte les juges nationaux à user de ce procédé lorsque cela constitue le seul moyen d'assurer le respect du droit communautaire²⁷⁷². Il semble en conséquence qu'il faille souscrire à l'idée selon laquelle la prohibition faite au juge de donner des ordres à l'administration résultait "d'une autolimitation, non d'un impératif extérieur à sa volonté"²⁷⁷³. On comprend dès lors que la doctrine ait quasi unanimement condamné la frilosité traditionnelle du juge à cet égard²⁷⁷⁴; et l'on se réjouira de l'intervention législative qui, après quelques prémices en ce sens²⁷⁷⁵, tend à gommer les aspects les plus choquants de l'ancien état du droit²⁷⁷⁶.

2 - Le changement opéré par la loi du 8 février 1995

Il convient à ce stade, afin d'appréhender la portée exacte de l'innovation législative, de pratiquer un *distinguo* entre deux catégories d'injonctions dont le prononcé est susceptible d'être demandé au juge²⁷⁷⁷ : les premières représentent l'objet principal de la requête, l'aspiration unique du justiciable ; les conclusions formulées à cette fin ont toujours été déclarées irrecevables²⁷⁷⁸, et

Et, de fait, le juge administratif n'hésite pas à en prononcer à l'encontre de personnes privées, notamment pour prescrire l'évacuation des dépendances du domaine public : Cf par exemple C.E., S., 25/05/1960, Dame Barbey, p.222, conclusions C. Heumann, voire à l'encontre d'une personne publique lorsque celle-ci a commis une contravention de grande voirie, afin de rétablir l'intégrité du domaine public (C.E., 22/03/1961, Ville de Charleville, p.204).

Il en va de même d'un grand nombre d'autorités administratives indépendantes qui se sont vu confier par la loi des pouvoirs d'injonction, non seulement à l'encontre des personnes de droit privé relevant de leur compétence (c'est vrai en particulier pour la Commission des opérations de bourse, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil de la concurrence et la Commission de contrôle des assurances) mais également parfois à l'encontre des personnes publiques (Médiateur intimant à une administration d'exécuter une décision de justice).

²⁷⁷¹ Voir sur ce point F. Moderne, *art. cit.* p.812 et 813.

²⁷⁷² C.J.C.E., 19/06/1990, Factortame ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.832, observations P. Le Mire ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.912, note J.-C. Bonichot.

²⁷⁷³ J. Rivero, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits" in *Mélanges Dabin, art. cit.*, p.828.

²⁷⁷⁴ Voir la plupart des articles cités dans ces développements.

²⁷⁷⁵ Référence est faite aux pouvoirs d'injonction confiés depuis 1992, sous l'influence du droit communautaire, au juge des référés en matière de marchés par les articles L.22 et L.23 du code des T.A. /C.A.A..

Sur la question, voir notamment Ph. Terneyre, "L'émergence d'un recours contentieux de troisième type", *Actualité législative Dalloz* 1992, p.82 ; et R. Vandermeeren, "Le référé administratif précontractuel", *Actualité juridique, Droit administratif*, n° spécial "Actualité des marchés publics", 1994, p.91.

²⁷⁷⁶ A observer d'ailleurs que le Conseil constitutionnel, saisi de la loi du 8 février 1995, n'a pas soulevé d'office l'inconstitutionnalité du pouvoir d'injonction conféré au juge administratif (qui n'était pas directement contesté par les auteurs de la saisine), ce qui tend à corroborer l'idée qu'une telle prérogative n'est en rien contraire au principe de séparation des pouvoirs (C.C., décision n°95-360 du 2/02/1995, J.O., 7/02 1995, p.2097).

Il aurait semblé en effet paradoxal que le Conseil constitutionnel, qui a contribué à sa manière au renforcement du pouvoir de commandement du juge administratif (Cf. P. Vadalou, "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *Les petites affiches*, 29 mai 1995, n°64), s'oppose à une nouvelle avancée raisonnable de celui-ci.

²⁷⁷⁷ Sur cette distinction, voir notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°805 s.

²⁷⁷⁸ Pour quelques exemples, voir :

- C.E., 3/04/1968, Jardin, p.233 : irrecevabilité de la demande visant à imposer à un maire l'obligation d'assurer la tranquillité publique.

- C.E., S., 29/06/1979, Veuve Bourgeois, p.292 : irrecevabilité des conclusions déposées en vue de faire ordonner à l'administration le rétablissement d'une ligne téléphonique.

- C.E., 20/04/1980, Camlong, p.194 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.51, conclusions M.-D. Hagelsteen : irrecevabilité d'une requête tendant à ce que le juge invite l'administration à modifier une réglementation.

rien dans le nouveau dispositif textuel ne permet de penser qu'il puisse en aller différemment dans l'avenir²⁷⁷⁹. Les secondes ne s'inscrivent qu'en complément d'un recours principal -dans notre optique, on fera exclusivement référence à une demande d'annulation-, et tendent à obtenir du juge qu'il prescrive à l'autorité compétente la prise des mesures nécessaires à la bonne exécution de la chose jugée. C'est à l'égard de leur prohibition que la critique doctrinale s'avérait la plus véhémente, et ce sont elles que vient d'autoriser le dispositif législatif de 1995²⁷⁸⁰.

a) Bon nombre d'auteurs et de plus en plus de praticiens²⁷⁸¹ comprenaient mal que le juge administratif français, au nom de la séparation des pouvoirs décisionnel et juridictionnel, restât fidèle au principe prohibant le recours à l'injonction en vue d'exécuter la chose jugée, procédé qui semblait non seulement parfaitement justifiable, mais également doublement exploitable :

- On pouvait tout d'abord imaginer en effet que la prescription expresse d'une mesure induite par l'annulation prononcée serait à même d'éclairer l'autorité concernée sur les suites à donner à la décision de justice, chose qui ne va pas forcément de soi lorsque le jugement se contente de censurer l'acte administratif litigieux. Il s'agit simplement ici de concrétiser dans le dispositif l'obligation générale d'exécution de la chose jugée, en précisant d'emblée la teneur des actes dont l'édiction est imposée par le jugement. Cette idée d'"injonction préventive" - car destinée à prévenir une éventuelle mauvaise mise en œuvre de la chose jugée - a souvent été défendue. R. Chapus notamment, avait bien montré que l'effort à fournir pour en autoriser l'usage était minime : leur prononcé, loin de constituer l'expression d'un pouvoir autonome, "ne se traduirait par rien d'autre qu'une explicitation des obligations imposées par la chose jugée. Et, par elles, le juge ne ferait que continuer à s'acquitter de sa fonction juridictionnelle et que la remplir plus pleinement"²⁷⁸².

- Il était parallèlement parfaitement envisageable de se servir du pouvoir d'enjoindre comme arme de persuasion dans le but de mettre fin à l'inexécution avérée d'une décision de justice. Cette perspective d'injonctions qu'on pourrait dire, cette fois, "coercitives", ne heurtait en effet nullement le principe de séparation du juge et de l'administration active, dans la mesure où le sous-principe en cause interdisant au juge de faire acte d'administrateur n'a de raison d'être que tant que l'autre sous-principe, qui fait défense à l'administration de se juger elle-même, est respecté. Or, lorsque celle-ci considère qu'elle ne doit pas, pour quelque raison que ce soit, exécuter une

- C.E., Ass., 12/03/1993, Union nationale Ecologiste (arrêt précité) : irrecevabilité des conclusions de groupements écologistes tendant à ce que le Conseil d'État leur accorde un droit d'accès à une campagne électorale radiotélévisée, conclusions assimilées à une demande d'injonction à l'adresse de la commission chargée d'attribuer les temps d'antenne. Le juge utilise cependant parfois quelques palliatifs qui lui permettent d'inciter l'administration à prendre telle ou telle mesure. On peut, à ce propos, évoquer la technique dite du "si mieux n'aime l'administration", du nom de la formule employée par le juge lorsque, ayant condamné cette dernière au versement de dommages-intérêts, il lui donne l'occasion de s'y soustraire en se comportant d'une certaine manière. Voir par exemple, en matière de travaux publics, C.E., 19/10/1966, Commune de Clermont, p.551 (commune condamnée à réparer pécuniairement le dommage causé par la destruction d'un monument funéraire au titulaire de la concession, à moins qu'elle ne le remplace à ses frais). Pour une exploitation un peu différente de la technique en matière fiscale, voir C.E., 30/05/1988, Bidault, p.963.

²⁷⁷⁹ Pour R. Chapus, il paraît normal qu'il en soit ainsi, le principe de séparation des pouvoirs semblant s'opposer à leur prononcé comme il s'oppose, selon le Conseil constitutionnel, à ce que le législateur donne des ordres au gouvernement notamment quant à l'exercice du pouvoir réglementaire ou d'initiative des lois. Pour des précisions et des exemples tirés de la jurisprudence constitutionnelle, Cf. *Droit du contentieux administratif*, n°806-2.

²⁷⁸⁰ C'est ce caractère parcellaire de la remise en cause du principe de l'interdiction de l'injonction qui fait dire à R. Chapus que la loi de 1995 ne le renverse pas, mais organise une simple "dérogation" à celui-ci (*ibid.*, n°803).

²⁷⁸¹ Voir notamment l'opinion de M. Vandermeeren, Président du tribunal administratif de Paris, exprimée dans son article "Le référé administratif précontractuel" précité ; et J.-P. Costa, Conseiller d'État, "L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie", *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.364.

²⁷⁸² *Droit du contentieux administratif*, édition de 1993, n°809.

décision de justice, elle se comporte comme un juge et rompt ainsi le principe de séparation²⁷⁸³. Dès lors, plus rien n'interdit au juge, pour rétablir l'équilibre, d'exercer pleinement sa compétence. Certains pensaient qu'il a même ici le devoir de mettre en oeuvre "l'intégralité de ses pouvoirs dont il s'était volontairement privé par désir de fonder ses rapports avec l'administration active sur la confiance et non sur la contrainte"²⁷⁸⁴. Le juge administratif a d'ailleurs toujours été tout à fait conscient de l'anomalie juridique que constitue l'inexécution de ses décisions par l'administration, puisqu'il n'hésite pas à annuler les refus d'exécuter la chose jugée. De là à donner l'ordre à l'autorité réfractaire de prendre les mesures qui lui incombent, il y avait un pas qu'il n'a pas voulu franchir seul, mais que le législateur entend aujourd'hui supprimer.

b) C'est cette double exploitation du mécanisme injonctif que vient permettre la loi de 1995. Tant devant les juridictions "ordinaires" (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) qu'à l'occasion d'un recours devant le Conseil d'État²⁷⁸⁵, le justiciable peut solliciter du juge²⁷⁸⁶ le prononcé, à l'encontre des "personnes morales de droit public ou -des- organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public", d'une injonction préventive ou coercitive.

- Dans le premier cas, il assortira son recours principal de conclusions spécifiques, tendant à faire expressément reconnaître par le jugement ou l'arrêt qu'il implique nécessairement que "l'administration prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé"²⁷⁸⁷, ou bien que celle-ci "doit à nouveau prendre une décision après une nouvelle instruction"²⁷⁸⁸. Dans ce dernier cas, le juge peut également prévoir, à la demande de l'intéressé, que la nouvelle décision doit intervenir dans un délai donné²⁷⁸⁹.

- En ce qui concerne la possibilité d'injonction coercitive, la loi de 1995 n'a envisagé le problème qu'à l'égard des seuls tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Il est en effet prévu qu'"en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt définitif, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution. (...) Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition... -et- peut fixer un délai d'exécution"²⁷⁹⁰. On pourrait se demander pourquoi une telle disposition n'a pas été reproduite dans l'article qui autorise le prononcé d'injonctions par le Conseil d'État. Mais il ne semble pas

²⁷⁸³ On peut ici citer le cas de la Commission départementale d'aménagement foncier du Loiret qui, en dépit de l'annulation de décisions rejetant la réclamation d'un exploitant agricole, avait de nouveau rejeté la même réclamation au motif ... que le tribunal administratif avait porté une appréciation inexacte sur les circonstances de fait ! (cité dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, n°41, p.125).

²⁷⁸⁴ J. Chevallier, "L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur", *Actualité juridique, Droit administratif* 1972, n°6, pp.69 s. et notamment p.87.

²⁷⁸⁵ Le pouvoir d'injonction n'est conféré qu'à ces trois types de juridictions ; les autres (qu'il s'agisse du seul conseil du contentieux administratif subsistant ou des juridictions administratives spéciales) semblent devoir rester soumises au principe de la prohibition des injonctions.

²⁷⁸⁶ On peut ici souligner que l'injonction prévue doit, pour pouvoir être prononcée, avoir été ainsi sollicitée par le requérant ; à défaut de conclusions en ce sens -que cette carence soit délibérée ou accidentelle- le juge administratif sera privé de ce pouvoir. Voir en ce sens le rapport de M. Porcher sur le projet de loi qui nous intéresse (Doc. A.N., 1993-1994, n°1427, tome II, pp.106/107).

²⁷⁸⁷ Voir respectivement article L.8-2 alinéa 1 du nouveau chapitre VIII du titre II du livre II du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (article 62 de la loi de 1995) ; et l'article 6-1 alinéa 1 inséré dans la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 (article 77 de la loi de 1995).

²⁷⁸⁸ Alinéas 2 des deux articles cités à la note précédente.

²⁷⁸⁹ *Ibid.*

²⁷⁹⁰ Alinéas 1 et 3 de l'article L.8-2 du nouveau chapitre VIII du titre II du livre II du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (article 62 de la loi de 1995).

qu'il faille inférer de cette absence que la Haute juridiction dispose de pouvoirs amoindris à ce sujet, et cela pour deux raisons : en premier lieu parce que le rapport de la commission mixte paritaire a insisté sur l'identité des systèmes mis en place devant les différents types de juridictions²⁷⁹¹ ; ensuite, et surtout, parce qu'on peut estimer, comme l'avait fait, dès 1990, le Rapport du Conseil d'État sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, que le Conseil d'État s'était vu implicitement mais nécessairement confier ce pouvoir de prononcer des injonctions coercitives par la loi du 16 juillet 1980 introduisant l'astreinte en matière administrative²⁷⁹². Et, de fait, à l'occasion des rares arrêts ayant décidé d'astreindre une personne publique, la Haute juridiction a bien précisé à l'administration que l'arrêt inexécuté faisait peser à sa charge une obligation de faire précise²⁷⁹³.

Le renversement, par le législateur, de la jurisprudence traditionnelle qui avait consacré la prohibition du prononcé d'injonctions est-il de nature à ouvrir la voie à l'instauration d'une réelle action en déclaration de droit ? La question mérite d'être posée puisqu'on sait que c'est au nom de cette interdiction que le juge s'opposait antérieurement à l'institution d'un pareil recours. A regarder de plus près les dispositions de la loi de 1995, on ne peut que se montrer dubitatif quant aux chances d'une évolution en ce sens du contentieux administratif.

II - Une portée en réalité réduite

Le mécanisme prévu par la loi de 1995 ne s'avère pas si "révolutionnaire" qu'il pourrait sembler au premier abord relativement à l'introduction de l'injonction en contentieux administratif. Pour l'essentiel, les pouvoirs que le texte a expressément reconnus au juge étaient déjà exercés *de facto* par celui-ci, et l'on se situe conceptuellement bien loin des propositions formulées par les partisans d'une action en déclaration de droit²⁷⁹⁴.

²⁷⁹¹ Rapport du 20 décembre 1994 (Ass. Nat., n°1829 ; Sénat n°180) : voir en particulier p.10, le souci affiché de "coordination des votes" sur les dispositions concernant les différentes juridictions.

²⁷⁹² Rapport précité, *Revue française de droit administratif* 1990, p.496 : "... le Conseil d'État, juge de l'astreinte, pourrait se reconnaître par voie jurisprudentielle, dans le cadre des dispositions actuelles de la loi du 16 juillet 1980, le pouvoir d'enjoindre à l'administration de prendre telle ou telle mesure pour assurer l'exécution d'une décision de justice" ; dès lors, poursuit le rapport, "on peut se demander s'il est nécessaire de compléter la loi du 16 juillet 1980 pour que -le Conseil d'État- puisse enjoindre à l'administration d'exécuter".

²⁷⁹³ On retrouve cette constante dans les toutes les affaires qui ont abouti à la mise en jeu effective du procédé. Sur ce point, voir *infra*, paragraphe suivant, les développements sur l'astreinte administrative.

²⁷⁹⁴ Le principal d'entre eux, M. J.-M. Woehrling, affiche cependant un optimisme réjouissant, mais semble-t-il excessif. Alors qu'il apparaît clairement, à la lecture des travaux parlementaires, que le législateur n'a pas entendu créer une telle action, l'auteur, tout en déplorant le caractère restrictif des termes du texte promulgué, voit dans ce dernier "l'occasion d'un nouveau départ (...) pour introduire en droit administratif français l'action en déclaration de droit, soit par voie jurisprudentielle, soit (de préférence) par voie réglementaire dans le cadre d'un décret pris pour l'application de la loi de 1995" (dont il va même jusqu'à proposer le libellé !) (Cf. : "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi", *Les petites affiches*, 24 mai 1995, n°62). Ce désir sera sans doute contrarié par la pratique, comme l'indiquent les premiers arrêts du Conseil d'État rendus dans le nouveau cadre législatif :

- tout d'abord, la Haute juridiction a implicitement admis que les articles de la loi sur l'injonction étaient immédiatement applicables aux instances en cours, ce qui laisse à penser qu'aucun décret d'application n'interviendra pour en préciser la teneur (Cf. C.E., 7/04/1995, Heulin, req. n°104274 ; et 7/04/1995, Surry, req. n°154129 ; confirmés par C.E., Ass., 26/05/1995, M. Etna et ministre des D.O.M.-T.O.M., *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.505, chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux précitée ; à noter qu'au contraire, les dispositions sur l'astreinte nécessitaient la prise d'un tel texte (C.E., 12/04/1995, Bartolo (solution implicite), ce qui a été réalisé en juillet 1995 (voir *infra*)).

- ensuite, elle n'entend visiblement pas adopter une attitude très souple par rapport aux nouvelles dispositions, puisque, par un arrêt Grekos, en date également du 7 avril 1995 (req. n°95153), elle a déclaré irrecevable la demande

A. La plupart des nouveautés se contentent d'entériner un certain nombre de pratiques déjà existantes

Les différentes catégories d'injonctions autorisées par le texte de loi existaient déjà en pratique, sous des formes détournées. Seules quelques modalités d'importance plus modeste consacrées par le législateur apparaissent en conséquence réellement originales.

1 - Quant aux injonctions envisagées pour expliciter précisément les mesures d'exécution qu'implique nécessairement un arrêt

Il s'agit ici de clarifier purement et simplement la pratique jurisprudentielle déjà étudiée qui consistait à reconnaître le droit du requérant au travers des considérants du jugement d'annulation rendu en sa faveur. Point n'est besoin de distinguer, à cet égard, entre injonctions préventives et coercitives : pour les premières, le droit était consacré dès l'arrêt initial ; en ce qui concerne les secondes, il l'était à l'occasion de l'annulation d'un refus d'exécution auquel s'était heurté le justiciable. Ce qu'autorise désormais le législateur, c'est le glissement de cette reconnaissance, des motifs du jugement à son dispositif ; l'administré ne sera plus irrecevable à demander pareille précision au juge de l'excès de pouvoir²⁷⁹⁵. Même si la prescription faite à l'administration est ainsi assurée d'être revêtue de l'autorité de chose jugée, la nouveauté opérée s'avère donc essentiellement formelle²⁷⁹⁶. Elle permettra au juge de ne pas avoir à employer les "succédanés" d'injonctions qu'il avait été conduit à mettre au point²⁷⁹⁷, inflexions au principe de prohibition dont la multiplication avait donné à certains auteurs "l'impression qu'en refusant de prévoir des injonctions explicites, le juge administratif -s'interdisait- seulement d'utiliser le mot, alors que sa mission -impliquait- inévitablement la chose"²⁷⁹⁸.

2 - Quant aux injonctions intimant à l'administration de prendre une nouvelle décision de sens indéterminé

Une nouvelle fois, l'apport du projet de loi doit être relativisé. Nous savons en effet que l'annulation d'un refus oblige l'administration à statuer une deuxième fois sur le dossier qu'on lui a présenté ; nous avons également souligné que le juge renvoyait parfois explicitement le requérant

tendant à ce que soit prescrite l'édition d'une mesure dans un sens déterminé alors que le dossier appelait simplement de l'administration qu'elle statue à nouveau, se refusant à s'estimer saisi, à titre implicite et subsidiaire, d'une demande tendant à ce que soit imparti à cette fin un délai à l'administration. Pareille construction rappelle certains raisonnements tenus en matière d'astreinte (voir *infra*), ce qui ne pousse guère à croire que le Conseil d'État élargira notablement, de lui-même, le champ des dispositions de la loi de 1995 en ce domaine ...

²⁷⁹⁵ Pour des exemples antérieurs d'irrecevabilité de conclusions tendant à ce que le juge prescrive les mesures nécessaires à l'exécution d'une décision d'annulation, voir en particulier C.E., 15/02/1978, Plantureux, p.73 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1978, p.501. Étaient également prohibées les demandes adressées à la juridiction afin qu'elle invite explicitement l'administration à exécuter complètement un jugement (C.E., S., 14/05/1948, Louradour, p.211 ; et C.E., 9/07/1971, X., p.534).

²⁷⁹⁶ Un avantage relativement important de la nouvelle situation a cependant été mis en avant par D. Chabanol (*Actualité juridique, Droit administratif* 1995, *art. cit.* p.393) : du fait qu'elle intègre désormais la formule exécutoire, "sont envisageables des appels ou des pourvois en cassation dirigés non contre le principal du jugement ou de l'arrêt (l'annulation d'une décision, par exemple) mais contre l'injonction".

²⁷⁹⁷ La liste de ces procédés a été notamment dressée par J. Chevallier, *art. cit.*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1972, pp.82 s.

²⁷⁹⁸ *Ibid.*, p.87.

devant l'autorité compétente pour réexamen de sa situation²⁷⁹⁹. Le texte de loi vient donc simplement ici entériner une pratique jurisprudentielle préexistante²⁸⁰⁰ ; le seul réel progrès à mettre à son crédit est de permettre au juge d'assortir le renvoi d'un délai déterminé pour régulariser la situation du requérant, chose qu'il s'interdisait traditionnellement²⁸⁰¹.

L'économie générale du texte de la loi de 1995 en matière d'injonction paraît bien loin, en fin de compte, d'ouvrir la voie à une véritable déclaration de droit telle que souhaitée par ses défenseurs.

B. Un dispositif législatif bien en deçà des attentes doctrinales

1 - On pourrait être tenté de croire que le texte de loi de 1995 a franchi, en autorisant le requérant à saisir le juge de conclusions visant à enjoindre à l'administration d'adopter un comportement déterminé, un pas décisif dans le sens de l'instauration d'une action en déclaration de droit. Il est vrai que celle-ci suppose nécessairement un tel pouvoir juridictionnel, matérialisé dans le dispositif même des décisions rendues. Cependant, de l'avis des tenants d'une évolution en ce sens du contentieux administratif, pareil glissement de la reconnaissance d'un droit des motifs au dispositif ne représente qu'une nouveauté "trop superficielle et pas assez utile pour justifier de longues discussions"²⁸⁰². S'y cantonner réduit la portée de l'innovation législative à un simple réaménagement formel du recours pour excès de pouvoir²⁸⁰³ : seule la première limite qui affectait traditionnellement ce dernier en matière de déclaration de droit tombe ; les deux autres -liées à la nature de l'acte attaqué au principal et à l'état d'avancement du dossier- semblent devoir perdurer.

2 - Le nouvel état du droit se situe bien loin de l'action en déclaration de droit souhaitée : ce qui serait demandé au juge, dans ce cadre, c'est de constater que l'administration est en situation de compétence liée pour prendre telle ou telle décision. Il ne s'agirait pas simplement, comme le permet la loi de 1995, de déterminer s'il pèse sur elle une obligation d'exécution d'une décision de justice, mais également de consacrer parfois un droit que le requérant tient des textes en vigueur à l'édition de telle ou telle mesure qu'il sollicite. Le renvoi devant l'autorité compétente serait alors beaucoup plus "directif", le jugement ne lui laissant plus le loisir de statuer à sa guise. Bien évidemment, comme nous le verrons un peu plus loin, le fait de contraindre le juge à s'interroger de façon principale sur l'existence du droit allégué supposerait certains aménagements procéduraux, le conduisant à procéder à des compléments d'instruction lorsque les éléments du dossier s'avèrent insuffisants pour se prononcer sur l'existence ou l'absence d'un droit du justiciable. Or, rien en ce sens ne transparaît dans la loi de 1995.

3 - Ces carences dans le dispositif législatif peuvent faire douter de l'ampleur de l'évolution qu'il engendre. Prenons, pour illustrer nos dires, l'exemple de l'affaire *Société A.B.C. Engeeniring* dont nous avons déjà exposé les données : s'il est aujourd'hui totalement exclu que le juge rejette les prétentions de la Société requérante en prétextant du principe qui prohibait le prononcé d'injonctions à l'encontre de l'administration, rien ne l'empêcherait toutefois de rejeter la requête au

²⁷⁹⁹ Sur ces deux points, voir *supra*.

²⁸⁰⁰ Ce que reconnaît d'ailleurs le rapport de M. Porcher précité, p.107.

²⁸⁰¹ C.E., 12/05/1960, Caisse de crédit municipal d'Alger, p.110 : censure du jugement d'un tribunal administratif qui avait imparti un délai de trois mois à la caisse de crédit en question pour statuer sur le sort du requérant.

²⁸⁰² Note J.-M. Woehrling précitée, p.724.

²⁸⁰³ Explicitant cette idée, voir *ibid.*, p.728 : "Ce n'est pas le transfert du constat formel d'une telle obligation légale des motifs au dispositif qui -comporte- une transformation de la portée de la déclaration faite par le juge (...). Ce passage a simplement pour objet de (...) rendre aussi claire que possible la portée de la constatation légale faite. Ce n'est donc qu'un aménagement pratique qui ne change rien à la portée juridique du jugement en cause".

motif qu'il ne peut, en l'état du dossier, déterminer si l'annulation contraint l'administration à édicter la mesure souhaitée.

Puisque la réforme opérée en 1995 se contente de ce moyen terme, et ne remédie pas réellement à la "pauvreté"²⁸⁰⁴ des moyens que le contentieux administratif met en oeuvre pour consacrer les droits du requérant, il paraît légitime de se demander s'il ne conviendrait pas de la radicaliser quelque peu.

Paragraphe 3. Une réforme à parfaire ?

Nul doute qu'une certaine partie de la doctrine regrettera la frilosité de l'intervention législative, et proposera certains compléments de nature à la rendre plus vigoureuse. Nous tenterons ici d'imaginer, avec l'appui d'articles antérieurs à la réforme de 1995, les deux moyens qui pourraient être utilisés à cette fin.

I - La consécration éventuelle d'une réelle action en déclaration de droit

Deux questions se posent à cet égard : qu'apporterait la création de ce type d'action au contentieux administratif ? ; et peut-on raisonnablement envisager l'instauration ?

A. Utilité

Selon ses défenseurs, l'action en déclaration de droit serait "de nature à transformer profondément la pratique et l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration, et représenterait un véritable tournant pour son évolution"²⁸⁰⁵.

1 - Elle permettrait en effet au juge, une fois pour toutes, de "vider le contentieux (...) en examinant tous les motifs possibles de refus de l'acte sollicité et en concluant, si aucun de ces motifs ne peut être retenu, que le demandeur a le droit d'obtenir" ce qu'il désire²⁸⁰⁶. Ce système se différencie nettement de l'actuelle technique consistant à se borner à annuler une décision de refus, cette dernière apparaissant beaucoup moins performante : ici, en effet, il n'est pas rare que le juge se contente de la présence d'un seul vice - externe ou interne - affectant ledit refus pour en prononcer la censure, sans pousser plus loin ses investigations, et alors même que d'autres irrégularités de fond étaient mises en avant par les requérants²⁸⁰⁷. Cette pratique, dite de l'"économie de moyens", le dispense en règle générale d'indiquer si la réfection de l'acte annulé après correction de l'illégalité sanctionnée est ou non envisageable, ce qui laisse à l'autorité compétente tout loisir de tenter d'y

²⁸⁰⁴ Expression empruntée à J.-M. Woehrling, *Revue française d'administration publique* 1984, art. cit., p.36.

²⁸⁰⁵ *Ibid.*, p.724.

²⁸⁰⁶ Rapport sénatorial précité, p.171.

²⁸⁰⁷ C'est ce qui explique la formule très souvent employée : "sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête..."

procéder, au risque de s'exposer à une nouvelle censure contentieuse²⁸⁰⁸. Une telle cascade de litiges serait au contraire en principe exclue dès lors que le juge aurait, au travers de son arrêt initial, signifié à l'administration qu'elle est tenue d'édicter la mesure sollicitée par le requérant -ce qui peut s'avérer bénéfique non seulement pour celui-ci mais également pour celle-là²⁸⁰⁹. Les faux espoirs que fait parfois naître une annulation formelle ne seraient plus de mise²⁸¹⁰, et le nombre des requêtes devrait en conséquence diminuer²⁸¹¹.

2 - Mais il est une considération qui pourrait faire douter de l'utilité d'une telle voie de droit. On se rend bien compte, au fil de sa présentation, que celle-ci ne possède de raison d'exister que dans les hypothèses où un texte lie la compétence de l'administration à édicter tel ou tel acte²⁸¹². C'est en effet dans cette seule mesure que le juge, bien qu'ordonnant la prise d'une décision, respecte l'indépendance de l'autorité administrative²⁸¹³; il en irait différemment s'il lui imposait arbitrairement une attitude dans un domaine où elle jouit d'un large pouvoir discrétionnaire²⁸¹⁴. Or, on peut légitimement se demander, si les cas de compétence liée sont en nombre suffisant pour justifier la création d'une action en déclaration de droit. Les avis se partagent sur ce point : pour certains, comme O. Schrameck²⁸¹⁵, il s'agirait d'hypothèses relativement exceptionnelles ; pour d'autres, elles s'avèrent au contraire assez fréquentes²⁸¹⁶. Tout semble dépendre en fait du degré à partir duquel on estime cette compétence suffisamment liée pour être matérialisée dans une décision de justice²⁸¹⁷. Quoi qu'il en soit, cette considération ne saurait à elle seule motiver un refus de consacrer l'action étudiée : quel que soit le nombre des occasions dans lesquelles elle trouverait à jouer, elle compléterait heureusement le recours pour excès de pouvoir existant, recours qui demeurerait le seul à pouvoir être exercé dans les cas où le pouvoir discrétionnaire de l'administration mérite d'être respecté. Mais la question de l'utilité d'une action en déclaration de droit ne suffit pas à en déterminer le sort ; il convient également de s'interroger sur le point de savoir s'il est réaliste, d'un point de vue matériel, de projeter sa concrétisation.

²⁸⁰⁸ Ce mécanisme, qui fait qu'une affaire "s'éternise dans une étrange lutte à la corde tendue entre l'administration et le tribunal", est parfaitement illustré par M. Stassinopoulos, "Les deux meules et le jeune capitaine", *La Revue administrative* 1977, p.146.

²⁸⁰⁹ Cf. J.-M. Woehrling, *Les petites affiches*, 24 mai 1995, *art. cit.* : dans le cadre d'une action en déclaration de droits, "l'administration, souhaitant savoir clairement ce qu'elle peut faire, -pourrait présenter- des conclusions reconventionnelles tendant à ce que le tribunal dise si les faits justifiaient la mesure prise". Si ce dernier constatait que la décision, bien qu'irrégulière en la forme, est régulière au fond, le travail de régularisation ultérieure s'en trouverait à n'en pas douter facilité.

²⁸¹⁰ Par définition, en effet, une action en déclaration de droits ne peut se baser que sur l'illégalité globale des motifs de fond susceptibles d'être fournis par l'administration pour justifier son refus de prendre la mesure qui lui est demandée. En conséquence, tous les autres moyens, et en particulier ceux qui s'appuieraient sur des vices externes de ces refus, doivent être considérés comme inopérants (Cf. sur ce point J.-M. Woehrling, note précitée, p.729).

²⁸¹¹ Voir en ce sens l'opinion du rapport sénatorial précité, p.171.

²⁸¹² Sans quoi on ne pourrait pas parler de "droit" de l'administré, droit que Bonnard définissait comme "le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu de la règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice (...)": Cf. "Les droits subjectifs des administrés", *Revue du droit public* 1932, p.707.

²⁸¹³ G. Jèze le faisait remarquer dès 1905 (*Revue du droit public*, p.110, note 3) : "lorsque pour un acte il n'existe aucune liberté pour l'administration, il est clair qu'il n'y a pas atteinte à son indépendance si, à son refus, l'acte obligatoire est accompli par le juge". Si une telle affirmation est contestable dans une optique de substitution du juge à l'autorité administrative, elle paraît cependant parfaitement adaptée à une logique d'injonction.

²⁸¹⁴ Cf. J.-M. Woehrling, note précitée, p.726 : "Le principe de la séparation de l'administration et de la justice administrative exprime (...) l'interdiction pour le juge de ravir à l'administration son pouvoir d'appréciation et de prendre à sa place des décisions qui ne relèvent pas de la simple application du droit".

²⁸¹⁵ Conclusions précitées, pp.173/174 ; pour un avis similaire, voir D. Chabanol, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, *art. cit.* p.393.

²⁸¹⁶ Voir notamment J.-M. Woehrling, note précitée, p.728.

²⁸¹⁷ Voir *ibid.* les développements consacrés aux hypothèses de "compétence liée concrète".

B. Faisabilité

1 - L'instauration d'une action en déclaration de droit impliquerait un total renversement de perspectives. Dans le recours pour excès de pouvoir, la plupart des illégalités susceptibles d'entraîner la chute de l'acte litigieux sont mises en avant par le requérant, au travers des moyens qu'il soulève. Dès lors qu'un seul de ceux-ci suffit à justifier la censure juridictionnelle, point n'est besoin d'aller chercher plus loin. Sinon, le juge se contentera généralement de rejeter tous les arguments qu'on lui a présentés. Il peut certes éventuellement les compléter en soulevant d'office certaines irrégularités ; mais il s'agit là d'hypothèses qui, bien que relativement nombreuses, se révèlent bien balisées²⁸¹⁸. C'est ce qui explique notamment qu'un jugement qui rejette un recours pour excès de pouvoir ne vaille pas déclaration de légalité de l'acte non censuré²⁸¹⁹. Pour l'action en déclaration de droits, au contraire, c'est à l'administration qu'il reviendrait de relever tous les motifs susceptibles de justifier son refus²⁸²⁰. Si un seul d'entre eux s'avérait fondé, la requête du justiciable serait nécessairement rejetée ; mais s'il n'en allait pas ainsi, on conçoit que le juge devrait se montrer très circonspect, de crainte de reconnaître à tort un droit qu'il croirait établi à la lumière d'un dossier incomplet. C'est pourquoi la phase d'instruction exigerait ici une particulière minutie. Dans ses conclusions sur l'arrêt *A.B.C. Engineering*, le commissaire du gouvernement O. Schrameck mettait l'accent sur le surcroît excessif de travail juridictionnel que cela ne manquerait pas d'engendrer : "reconnaître l'existence d'un droit reviendrait (...) non seulement à statuer préalablement sur tous les moyens qui sont invoqués devant le juge, mais encore à soulever d'office des questions qui ne le sont pas et qui pourront nécessiter un supplément d'instruction"²⁸²¹.

2 - Il est sûr que certains aménagements d'ordre procédural devraient alors être prévus²⁸²². J.-M. Woehrling en a dressé la liste. Tout en renvoyant, pour plus de détails, au travail de cet auteur, on peut légitimement penser, avec lui, que "cet aspect ne présente -pourtant- pas de difficultés insurmontables"²⁸²³ : d'abord parce que, si l'on soumet le nouveau recours à la règle de la décision préalable - le requérant ne pouvant solliciter du juge la reconnaissance d'un droit qu'après avoir vu son recours gracieux se solder par un refus -, l'administration possèdera une connaissance relativement complète du dossier ; ensuite, et surtout, dans la mesure où les conditions légales de refus ne sont pas légion dans les matières où l'administration a compétence liée pour prendre telle ou telle décision, domaine exclusif, comme nous le savons, de l'action en déclaration de droits.

L'admission d'un recours de ce type au sein du contentieux ne semble donc poser aucun problème pratique majeur. Il n'entre plus, en outre, en conflit avec aucun principe théorique à l'heure où l'idée de prohibition de l'injonction est largement battue en brèche, surtout si l'on considère, avec certains auteurs, que cette dernière notion est incompatible avec la présence d'une compétence liée²⁸²⁴. Cependant, en l'absence d'une volonté affichée du législateur, seul le Conseil

²⁸¹⁸ Sur le problème des moyens d'ordre public, voir notamment C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, P.U.F. 1980.

²⁸¹⁹ Cf. notamment R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°883-2.

²⁸²⁰ Les moyens du requérant ne constitueraient alors qu'une réponse à ces arguments.

²⁸²¹ Conclusions précitées, p.474.

²⁸²² Il conviendrait à ce propos de reconnaître au juge, afin qu'il puisse statuer en parfaite connaissance du dossier, des pouvoirs d'investigation renforcés par rapport à ceux qu'il s'autorise au cours de l'instruction d'une requête en excès de pouvoir. A l'occasion de cette dernière, un tribunal ne peut, par exemple, ordonner de mesures d'instruction pour vérifier le bien-fondé d'un moyen s'il peut annuler la décision sur le fondement d'un autre moyen (C.E., 14/12/1966, de Fligue, p.658) ; le juge de la déclaration de droits devrait au contraire être dans l'obligation d'ordonner des mesures d'instructions pour vérifier qu'il n'y pas de motifs à soulever, même d'office, justifiant le rejet de la demande en déclaration de droits.

On pourrait également imaginer, comme le fait M. Ricard (*art. cit.* p.334, note 36) l'usage de jugements interlocutoires, qui tranchent une partie du principal tout en ordonnant une mesure d'instruction sur le surplus.

²⁸²³ Note précitée, pp.726 s.

C'est également l'avis du rapport sénatorial précité (p.171), pour lequel seule une "phase d'adaptation" des services contentieux à ces nouvelles exigences serait nécessaire.

²⁸²⁴ Une telle vision peut se réclamer de Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'État*, t.1, p.724), lorsqu'il écrit : "Le juge ne dispose pas : ses décisions, même quand elles contiennent un ordre, ne consistent qu'à

d'État a le pouvoir d'autoriser -et d'organiser- une action en déclaration de droit. Or, rien n'indique son désir d'œuvrer dans ce sens²⁸²⁵, même s'il en a envisagé l'éventualité dans son rapport sur l'urbanisme de 1992, celle-ci n'étant prétendument écartée qu'en raison de l'importance du pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités compétentes en la matière²⁸²⁶. Il apparaît dès lors beaucoup plus sage d'espérer un complément moins radical à la réforme législative de 1995.

II - L'abandon souhaitable de la pratique dite de l'"économie des moyens"

Sans aller jusqu'à l'instauration d'une véritable action en déclaration de droits, on pourrait déjà prétendre arriver à des résultats intéressants si le juge administratif utilisait pleinement les pouvoirs dont il dispose dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Il lui suffirait, pour ce faire, de se départir de la fâcheuse technique de "l'économie des moyens" présentée un peu plus haut. Ce léger effort lui permettrait de définir -beaucoup mieux qu'il ne le fait actuellement- l'attitude que peut adopter l'administration, sans aller toutefois jusqu'à rechercher systématiquement si le requérant détient un droit à l'obtention de ce qu'il sollicite. Cette appréciation reviendrait toujours, en dernier ressort, à l'autorité administrative²⁸²⁷, ce qui éviterait les risques de surcharge d'instruction que comporte une véritable action en déclaration de droit. "Léger effort" a-t-on écrit, car revenir sur cette pratique de l'économie des moyens ne semble pas en effet poser de problèmes insurmontables²⁸²⁸ : le juge n'aurait même pas à statuer sur tous les moyens soulevés par le requérant, mais seulement sur chaque autre moyen susceptible, lui aussi, d'entraîner une annulation²⁸²⁹. En outre, le travail juridictionnel ne s'en trouverait pas sensiblement augmenté -hormis celui du rédacteur des jugements- dans la mesure où les commissaires du gouvernement, ne sachant pas quelle orientation va privilégier le juge, analysent toujours chaque moyen de la requête. Une telle évolution paraît au contraire, à l'instar de l'instauration d'une action en déclaration de droits, de nature à désengorger les tribunaux, puisque seraient pareillement évités de nombreux recours à répétition. L'administration verrait sa marge de manœuvre quant à la

déterminer et à ordonner ce qui est le droit d'après la loi". Il ne saurait donc y avoir d'injonctions *stricto sensu* lorsque le juge se borne à dire le droit, même si ce dernier impose à l'administration l'édition d'un acte précis, car alors "l'obligation pour l'administration d'agir dans un sens déterminé ne résulte pas de l'existence d'une prétendue injonction, mais de la situation de compétence liée dans laquelle elle se trouve". (J.-M. Woerling, *Gazette du Palais* 1989, *art. cit.* p.725).

Dans le même sens, voir notamment la note Hauriou précitée sous l'arrêt Rage-Roblot ; l'article de J. Rivero précité, in *Mélanges Dabin*, pp.827 s. et Livet, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, L.G.D.J. 1979, p.236.

²⁸²⁵ On peut même subodorer un désir inverse, dans la mesure où le pouvoir d'injonction prévu par la loi de 1995, malgré son caractère limité, est considéré par M. Combarous, Président de la Section du Contentieux du Conseil d'État, comme devant être "manié avec prudence", d'autres praticiens -tel J.-G. Depouilly, Président du tribunal administratif de Versailles- se déclarant carrément "méfiants à l'égard des effets pervers susceptibles de découler du nouveau pouvoir d'injonction", en particulier quant au risque, pour le juge, de devoir se charger de tâches administratives. Cf. les auditions publiques retranscrites dans le rapport du Sénat sur le projet de loi relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (Doc. Sénat, 1994-1995, n°30, Tome II, p.18).

Les premières décisions précitées du Conseil d'État rendues en la matière confirment, hélas, ce pressentiment négatif.

²⁸²⁶ Rapport précité, *Revue française de droit administratif* 1992, p.719.

²⁸²⁷ L'état du droit se rapprocherait alors de la technique de la *Bescheidungsklage* employée en droit administratif allemand, grâce à laquelle le juge peut renvoyer le requérant devant l'administration après annulation de la décision initiale, en précisant de la manière la plus détaillée possible qu'elle est la marge d'appréciation dont celle-ci dispose. Cf. les travaux de droit comparé précités intéressant notre question.

²⁸²⁸ Certains jugements l'ont d'ailleurs parfois déjà écartée : Cf. notamment C.E., 4/12/1987, Société anonyme "Europe-Maison", p.1018 ; *Revue juridique de l'environnement* 1988, p.177, note MM. Richet et Fabre-Luce.

Un amendement tendant à obliger le juge administratif à œuvrer en ce sens avait en outre été déposé lors de la discussion au Sénat du projet de loi portant réforme du contentieux administratif, mais il ne fut pas finalement retenu. Cf. J.O., Débats Sénat, séance du 10 novembre 1987, p.3795.

²⁸²⁹ Voir sur ce point l'article de M. Chapus dans *Etudes et documents du Conseil d'État* 1977-1978, n°29, p.63.

possibilité de réfection de l'acte annulé nettement encadrée dès le prononcé de la première annulation, en particulier si le requérant a pris soin d'invoquer tous les vices internes qui affectaient l'acte litigieux.

Les droits du requérant en excès de pouvoir méritent donc plus d'égards de la part du juge qui statue sur leur demande, ce afin d'éviter que ne se créent, à son désavantage, des acquis abusifs. Il convient également qu'une fois reconnus, ces droits soient convenablement protégés, sauf à risquer semblable déconvenue.

SECTION 2. INSUFFISANCE DE LA DEFENSE DES DROITS DU REQUERANT NEGLIGES PAR L'ADMINISTRATION

L'administré qui a obtenu du juge de l'excès de pouvoir l'annulation de l'acte qui lui faisait grief, est en droit d'attendre de l'administration qu'elle prenne les mesures d'exécution imposées, à son profit, par le jugement. En s'y refusant, que ce soit momentanément ou plus durablement, l'autorité compétente assure à la norme qui aurait dû pâtir de la censure juridictionnelle une survie artificielle²⁸³⁰ et abusive, car contraire à tous les principes directeurs de notre système juridique²⁸³¹. Ce type d'acquis -auquel on peut assimiler celui qui résulte de la réédiction rétroactive, sans raison valable, de l'acte annulé²⁸³² - s'avère incompatible avec l'idée même d'État de Droit. La crédibilité de notre justice en sort terriblement affaiblie, et l'exaspération des justiciables, bien compréhensible, ne peut être calmée que par la prise de mesures adéquates.

Avant que l'on s'alarme des problèmes soulevés par l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives, il n'existait que deux catégories de moyens destinés à faire pression sur l'administration ; mais l'un et l'autre avaient en commun un caractère tellement aléatoire que leur effectivité s'en trouvait sujette à caution :

- sur le plan juridique, tout d'abord, il était loisible au bénéficiaire d'un jugement de demander au juge qu'il annule les refus d'exécution auxquels il avait pu se heurter, ainsi que l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice que ce défaut d'exécution avait pu lui causer. L'insuffisance de cette voie de recours saute aux yeux : outre sa lourdeur et sa lenteur, particulièrement pour un administré qui a déjà subi la procédure ayant abouti à la décision initiale, il n'était pas exclu qu'elle ne produise pas plus d'effet que le premier jugement, puisqu'elle ne faisait peser aucune menace supplémentaire sur l'administration : "le contentieux se greffe sur le contentieux : théoriquement, il pourrait bien se poursuivre indéfiniment si l'autorité du juge n'était pas de nature à arrêter un processus qu'on pourrait bien qualifier d'inferral"²⁸³³.

²⁸³⁰ Sur ce point, voir *supra*, Sous-titre précédent.

²⁸³¹ A savoir notamment l'autorité de chose jugée et le principe décrit au paragraphe précédent qui interdit à l'administration de s'ériger en juge.

²⁸³² Cf. l'hypothèse Dlle Sarrabay développée en première Partie (Titre I, Sous-titre I). Ici, en effet, la norme qui aurait dû disparaître un certain temps de l'ordre juridique est censée, du fait de la rétroactivité de celle qui la remplace, n'avoir jamais quitté celui-ci, ce qui peut s'analyser comme une inexécution de l'annulation prononcée et semble devoir irrémédiablement condamner l'aval qu'a donné le Conseil d'État à cette pratique.

²⁸³³ P. Delvolvé, "L'exécution des décisions de justice rendues contre l'administration", *art. cit.* p.120.

- sur le plan politique, ensuite, le requérant insatisfait pouvait tenter de faire pression sur l'administration par le biais d'un parti ou d'un syndicat, ou par voie de presse. Mais il est bien évident que "ces moyens ne sont pas à la portée de tous et ne peuvent être utilisés à tout instant pour des affaires mineures"²⁸³⁴.

Devant une carence aussi criarde, il devint crucial, lorsqu'on se rendit compte que le jugement rendu ne réglait pas toujours, en pratique, définitivement le sort du litige, d'organiser des remèdes. Or, les moyens mis en œuvre à cette fin, s'ils ont joué un rôle incontestablement positif, se sont révélés jusqu'à présent nettement insuffisants. Leur récent renforcement au travers de la réforme de 1995 laisse donc espérer une amélioration notable du degré et de la rapidité d'exécution des jugements d'annulation, bien que l'expérience incite à se montrer extrêmement prudent sur les incidences d'un texte législatif en ce domaine.

Paragraphe 1. L'action positive des mesures encourageant l'administration à exécuter la chose jugée

Prenant conscience de ce qu'originellement, le contentieux administratif en était cruellement dépourvu, on a progressivement entendu doter celui-ci de deux moyens aptes à favoriser l'exécution de la chose jugée. Or, ceux-ci se sont révélés d'une efficacité indéniable, même si quelques points demeurent perfectibles.

I - L'information de l'administration

Ce fut l'un des premiers remèdes envisagés contre la mauvaise exécution des décisions condamnant l'administration. Cette information est d'une double nature :

A. Il s'est agi tout d'abord d'éviter que, comme cela a pu parfois se produire, l'administration n'applique des dispositions réglementaires censurées sur recours d'une personne isolée par simple ignorance de l'existence du jugement. A cette fin, une instruction du Premier ministre en date du 28 décembre 1973 a posé le principe selon lequel, à compter du 1^{er} janvier 1974, seraient publiées au Journal officiel de la République française les décisions rendues par le Conseil d'État statuant au contentieux en premier et dernier ressort et portant annulation totale ou partielle des ordonnances et des décrets à l'exception de ceux portant sur des personnes et des actes ayant un caractère non réglementaire. Le Rapport Bacquet souligne que "cette mesure de publicité, appliquée depuis lors, concourt autant au respect de la chose jugée qu'à la prévention du contentieux"²⁸³⁵.

B. Le deuxième mode d'information se traduit par des mesures plus "individualisées", destinées à l'administration condamnée elle-même. Depuis longtemps déjà, le Conseil d'État a ressenti la nécessité, dans les affaires où l'exécution des arrêts qu'il rend impose la prise de mesures très complexes, d'éclairer l'autorité responsable de cette exécution sur l'étendue de celle-ci²⁸³⁶. Mais ces velléités sont restées, durant de nombreuses années, cantonnées dans des domaines très précis. Ce n'est somme toute qu'assez récemment que l'on a pris conscience de la nécessité, pour le juge, de s'occuper de manière plus générale de l'exécution des décisions qu'il est amené à prononcer, et que son travail ne s'arrêtait pas à la seule élaboration de ces dernières. Certaines mesures concrètes ont vu le jour ; d'autres sont en cours d'élaboration, voire simplement en projet :

²⁸³⁴ G. Braibant, "Les nouvelles fonctions du Conseil d'État", *La Revue administrative* 1987, p. 419.

²⁸³⁵ Rapport précité, p.483.

²⁸³⁶ Voir notamment, dans la délicate matière des reconstitutions de carrière, l'arrêt Rodière précité.

1 - Parmi les procédures déjà existantes, il faut insister sur une des possibilités instituées par le décret du 30 juillet 1963. Initialement prévu pour faciliter l'exécution des seuls arrêts du Conseil d'État, ce système a été étendu, par décret du 26 janvier 1969, à celle des jugements des tribunaux administratifs, puis à celle de toutes les juridictions administratives par décret du 2 septembre 1988. Il fait jouer, au sein du Conseil d'État, la Section du rapport et des études : celle-ci peut être saisie par un ministre qui souhaite obtenir des éclaircissements sur les mesures que suppose la bonne exécution de telle ou telle décision de justice. Est alors désigné un rapporteur qui, après une rapide instruction, conseille l'administration sous l'autorité du président de la Section²⁸³⁷. Cette procédure, qui s'apparente à celle de la demande d'avis, n'est pas extrêmement utilisée, le nombre annuel de saisines de la Section en vue d'éclaircissement tournant autour de la quinzaine²⁸³⁸ ; il s'agit essentiellement d'affaires particulièrement complexes ou importantes. Le fait que cette saisine soit réservée aux seuls ministres semble *a priori* regrettable, dans la mesure où ce ne sont pas les seules autorités qui peuvent rencontrer des difficultés à appréhender les suites qu'impose une décision de justice. Mais, de l'avis même de M. Braibant²⁸³⁹ qui fut Président de la Section du rapport et des études, cette dernière institution n'aurait pas les moyens matériels pour faire face à la multiplication des saisines qu'une solution inverse ne manquerait pas d'engendrer²⁸⁴⁰. La remise en cause du "filtre" ministériel comporterait en outre le risque de voir les autorités locales ou les services déconcentrés de l'État se décharger abusivement de leurs responsabilités sur ladite Section.

2 - La nécessité d'informer l'administration pour prévenir l'inexécution des décisions de justice a conduit le Conseil d'État, dans le cadre du Rapport Bacquet, à proposer la rédaction par la Direction générale des collectivités locales du ministère de l'Intérieur d'un "guide de l'exécution" reprenant les principes essentiels en la matière, et destiné en premier lieu aux collectivités locales et à leurs établissements publics. Mais il s'avère aujourd'hui que la rédaction de ce document soulève des problèmes quasi insolubles²⁸⁴¹. Le même Rapport envisage également d'accompagner les notifications des jugements condamnant lesdites collectivités d'une lettre du président du tribunal leur rappelant qu'elles ont l'obligation d'exécuter spontanément et sans délai, et ce même si elles entendent faire appel. Le Rapport 1991 du Conseil d'État propose quant à lui de "mettre en place, dans les administrations, des structures spécifiques de suivi des problèmes d'exécution", ce qui aurait le double avantage de pallier les dysfonctionnements provenant d'un manque de coordination entre les différents services concernés par une exécution, et de remédier à l'insuffisance de la formation juridique des agents qui est souvent à la base des atteintes à la chose jugée. Autant de projets qui ne doivent pas demeurer lettre morte.

3 - Le dernier point sur lequel il convient d'insister a trait à la rédaction des jugements. S'il n'est évidemment "pas question pour le juge, en annexe de son jugement, de se transformer en conseil juridique d'une des parties"²⁸⁴², "il est des cas où - celui-ci - peut, sans aller au delà des conclusions et des moyens dont il est saisi, donner dans les motifs de ses décisions des indications sur les conséquences qui doivent en être déduites"²⁸⁴³. Cela est évidemment fonction des circonstances de l'espèce et de la précision du dossier mis à la disposition de la juridiction qui statue. Le Rapport du Conseil d'État propose de sensibiliser l'ensemble de l'ordre juridictionnel administratif à ce problème, afin que le juge détaille dès que possible la portée de sa décision²⁸⁴⁴, ce qui semble

²⁸³⁷ La réponse au ministre n'est pas rendue publique.

²⁸³⁸ 15 en 1988 ; 17 en 1989 ; 15 en 1990. Il faut signaler que la chute du nombre des demandes d'éclaircissement en 1991 (seules 5 saisines ministérielles ont été enregistrées) semble accidentelle, dans la mesure où les années ultérieures ont connu des chiffres plus élevés (11 demandes en 1992, 10 en 1993 et 19 en 1994).

²⁸³⁹ Cf. les *actes du colloque de Douai* précités, p.23 et 24.

²⁸⁴⁰ Le manque de moyens a notamment été dénoncé par le rapport Bacquet (précité, p.487), ce qui n'a pas tardé d'être suivi d'effets puisque l'année 1990 a vu l'arrivée d'un rapporteur général adjoint à temps complet chargé du Secteur "exécution des décisions de la juridiction administrative".

²⁸⁴¹ Voir l'intervention de M. Challan-Belval, *Actes du colloque de Douai* précités, p.34.

²⁸⁴² Cf. l'intervention de M. Chabanol, *ibid.*, p.30.

²⁸⁴³ Rapport Bacquet précité, p.494.

²⁸⁴⁴ Cette sensibilisation doit se faire par le biais de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives en liaison avec le Conseil d'État.

devoir aller dans le sens d'une remise en cause de la pratique dite de l'"économie de moyens" dénoncée plus haut²⁸⁴⁵, évolution qu'on ne saurait trop encourager.

II - L'incitation à exécuter

Informé l'administration sur ses obligations ne suffit pas toujours ; il faut parfois la pousser un tant soit peu à s'exécuter. Certaines procédures ont été mises en place à cette fin :

A. Corrélativement à la procédure de demande d'éclaircissement sus-évoquée, le décret du 30 juillet 1963²⁸⁴⁶ a prévu que les bénéficiaires d'un jugement administratif²⁸⁴⁷ qui se heurtent à des difficultés d'exécution de celui-ci peuvent, sans frais et sans obligation de ministère d'un avocat, signaler les obstacles qu'ils rencontrent à la Section du rapport et des études²⁸⁴⁸. Contrairement aux recours ministériels, la saisine de la Section par les requérants, si elle a été faible jusqu'en 1977, s'est considérablement développée du fait de l'initiative prise par le Conseil d'État, en mai 1976, de mentionner la possibilité ouverte par le décret de 1963 dans la notification des jugements et arrêts, et sa fréquence ne cesse d'augmenter²⁸⁴⁹.

Lorsqu'elle est ainsi saisie, la Section du rapport et des études contacte l'autorité compétente, s'informe des causes de l'inexécution et tente d'y mettre fin. Si l'administration refuse d'obtempérer, elle procède alors à des pressions diverses²⁸⁵⁰ qui sont en règle générale couronnées de succès. Mais, dans certains cas exceptionnels, la Section se heurte à un mauvais vouloir inflexible. Dans cette hypothèse, elle peut estimer utile de dénoncer l'attitude des administrations concernées dans son rapport annuel. Un point doit particulièrement retenir notre attention : il n'est pas rare que, dans le cadre de la procédure sus-décrite, la Section propose des solutions de conciliation aux différentes parties dans le but d'"éviter toutes les conséquences, parfois absurdes, de la logique des annulations contentieuses, tout en procurant aux requérants des satisfactions équivalentes"²⁸⁵¹. Il s'agit donc là, de toute évidence, d'une limite pratique non négligeable mise à l'étendue des effets de l'annulation ; amputée d'une partie de son champ d'application avec l'assentiment de celui qui serait censé en bénéficier, l'exécution du jugement se résoudra dans ces

²⁸⁴⁵ Voir paragraphe précédent.

²⁸⁴⁶ Complété par les décrets de 1969 et 1988 mentionnés plus haut.

²⁸⁴⁷ A noter que, depuis l'octroi d'une compétence de suivi d'exécution des décisions qu'ils rendent aux tribunaux administratifs et cours administratives d'appel par la loi du 8 février 1995 (voir *infra*), l'importance pratique de cette procédure va se trouver extrêmement relativisée, ces dernières juridictions étant désormais habilitées dans ce domaine (non seulement par la loi mais également par son décret d'application n°95-830 en date du 3 juillet 1995) à exercer les pressions autrefois du ressort exclusif de la Section du Rapport et des études. L'étude des diligences de ladite Section demeure cependant d'actualité, ne serait-ce que pour pressentir ce que sera l'incitation réalisée par les juridictions inférieures (même si, ici, la procédure prévue paraît de nature contentieuse : Cf. D. Chabanol, commentaire de la loi du 8 février 1995 et des décrets d'application du 3 juillet 1995, *Revue française de la décentralisation*, novembre 1995, p.185).

²⁸⁴⁸ Afin d'éviter les demandes prématurées, un délai de trois mois est exigé par les décrets du 24 mars et du 22 novembre 1976, excepté lorsqu'il s'agit d'obtenir l'exécution d'une mesure d'urgence telle notamment qu'un sursis à exécution.

Il faut également signaler que la disposition initiale du décret du 30 juillet 1963 qui prévoyait la possibilité pour le vice-président du Conseil d'État et le président de la Section du contentieux d'inviter le président de la Section du rapport à "appeler l'attention de l'administration sur les suites à donner à une décision" a disparu dudit décret dans sa rédaction actuelle.

²⁸⁴⁹ 565 demandes d'aide à l'exécution en 1991 ; 686 en 1992 ; 812 en 1993 ; 907 en 1994 (Cf. *Etudes et documents du Conseil d'État* n°46, p.227).

²⁸⁵⁰ La procédure est le plus souvent informelle ; seules les affaires les plus difficiles sont soumises à une instance d'instruction plus structurée.

Sur les moyens qu'elle est amenée à employer, voir le rapport Bacquet précité p.483 ; voir également : G. Braibant, *art. cit.* p.419.

²⁸⁵¹ *Ibid.*, p.420.

hypothèses par l'octroi d'une somme d'argent compensatoire. Mais l'acquis en résultant ne semble pas pour autant abusif, puisque l'intérêt du requérant est ainsi largement pris en compte.

B. Le rôle du Médiateur de la République doit également être ici évoqué : celui-ci a en effet reçu de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 l'instituant, et surtout de celle n° 76-1211 du 24 novembre 1976, le pouvoir d'enjoindre une personne publique récalcitrante à se conformer à l'exécution d'une décision de justice dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, le Médiateur peut en faire mention dans son rapport annuel publié au Journal officiel ou dans un rapport spécialement rédigé à cet effet²⁸⁵². La sanction semble certes *a priori* bien légère, mais, comme le précisent les différents rapports, ces injonctions sont "généralement suivies d'effet"²⁸⁵³, bien que parfois après quelques difficultés. Il convient cependant de souligner que le Médiateur n'a que peu de cas à régler (3 cas seulement en 1988 !) et qu'il préfère la persuasion à la coercition (il n'a utilisé son pouvoir d'injonction que trois fois en dix ans). Il arrive même qu'il saisisse lui-même la Section du rapport et des études, et il n'est pas mauvais de voir les relations entre les deux institutions se développer de la sorte²⁸⁵⁴.

C. Il faut signaler enfin que, périodiquement, des circulaires ministérielles viennent rappeler aux différents services la nécessité d'exécuter les décisions de justice rendues à leur rencontre²⁸⁵⁵, ou leur expliquer la façon d'y procéder²⁸⁵⁶.

Pour aussi utiles qu'ils soient, les moyens d'information et d'incitation à exécuter la chose jugée, faute d'exercer une véritable coercition sur l'administration, s'avèrent inadaptés lorsque cette dernière fait preuve d'une mauvaise volonté inflexible. Le législateur s'est donc laissé convaincre, dès 1980, de la nécessité d'introduire des procédés plus contraignants de suivi des jugements. Mais force est de reconnaître que les retombées de son intervention se sont révélées extrêmement décevantes.

Paragraphe 2. Le désamorçage des moyens contraignant l'administration à exécuter la chose jugée

La technique de l'astreinte, depuis longtemps utilisée par la jurisprudence judiciaire²⁸⁵⁷ pour contraindre le débiteur d'un jugement à exécuter ses obligations²⁸⁵⁸, n'avait jamais trouvé grâce aux yeux du Conseil d'État pour la bonne et simple raison qu'elle ne constitue rien d'autre qu'une injonction d'exécution assortie d'une sanction efficace. Or nous savons quelle était la position traditionnelle du juge administratif quant aux ordres susceptibles d'être adressés à l'administration active. Dans le but de pallier cette carence du contentieux administratif, un projet de loi adopté par le Conseil des ministres le 19 avril 1977²⁸⁵⁹ et converti en texte législatif le 16 juillet 1980 entreprit donc de confier expressément au Conseil d'État le pouvoir de prononcer des astreintes à l'encontre des personnes publiques²⁸⁶⁰. Ce texte fut au départ salué unanimement par la

²⁸⁵² Cette possibilité a pour la première fois été mise à profit le 20 septembre 1994 (J.O. du 14 octobre, p.14588).

²⁸⁵³ Dans plus de 90 % des cas ! Cf. J.-P. Costa, "Le Médiateur et la Section du rapport et des études du Conseil d'État", *La Revue administrative* 1985, p.543.

²⁸⁵⁴ Pour un exemple de coopération fructueuse entre les deux institutions, voir l'affaire Niox, citée dans le rapport 1994 du Conseil d'État (*Etudes et documents du Conseil d'État* n°46), pp. 223/224.

²⁸⁵⁵ Voir par exemple la circulaire du Premier ministre du 13 octobre 1988 ; J.O., 15 octobre 1988, p.13008 ; *Revue française de droit administratif* 1988, p.932.

²⁸⁵⁶ Cf. par exemple la circulaire du 24 juin 1984 diffusée par le ministre délégué chargé de la Fonction publique et relative à la reconstitution de carrière.

²⁸⁵⁷ Le terme figure dans un arrêt de la Cour de Cassation du 20 mars 1889 !

²⁸⁵⁸ Pour plus de précisions, Cf. J. Boré, "Astreintes", *Encyclopédie Dalloz de droit civil*.

²⁸⁵⁹ Voir à ce propos l'article de G. Vedel "La république mande et ordonne" dans *Le Monde* du 6/05/1977.

²⁸⁶⁰ La loi de 1980 a été complétée sur ce point par l'article 90-1 d'une loi du 30/07/1987 qui a étendu le champ d'application de la procédure d'astreinte aux "organismes de droit privé chargé d'une mission de Service public".

doctrine comme constituant "un progrès de l'État de droit"²⁸⁶¹, d'autant que les dispositions prévoyant l'astreinte s'accompagnaient de deux systèmes complémentaires, l'un visant à rendre automatique le règlement des sommes d'argent auquel ont été condamnées les personnes publiques²⁸⁶², l'autre tendant à permettre l'infliction d'amendes, par la Cour de discipline budgétaire, aux agents à l'origine d'une inexécution sanctionnée. Le dispositif d'astreinte ainsi mis en place, dont l'efficacité apparaissait garantie par de multiples emprunts à la loi du 5 juillet 1972 fixant le régime de l'astreinte civile²⁸⁶³, semblait en effet devoir mettre un frein aux abus de l'administration en matière d'exécution des décisions de justice, et notamment des décisions d'annulation²⁸⁶⁴. La pratique jurisprudentielle allait bientôt démentir ces impressions initiales

I - Les "ratés" de l'astreinte administrative

A. Certains s'alarmèrent dès le départ de ce qui aurait pu paraître une simple anomalie : si le législateur permettait sans détours au Conseil d'État de prononcer des astreintes contre l'administration, il n'autorisait pas pour autant expressément celui-ci à lui adresser des injonctions. Cela s'explique par le fait que la loi reposait sur un compromis : la volonté de "combler la lacune de notre système juridique" due au défaut d'exécution forcée contre les personnes publiques "sans bouleversement des principes fondamentaux du droit administratif"²⁸⁶⁵ dans lesquels s'inscrit la lecture traditionnelle du principe de séparation du juge et de l'administration active. L'astreinte envisagée pouvait apparaître en conséquence comme un "instrument imparfait"²⁸⁶⁶, puisqu'elle ne venait pas sanctionner un ordre donné par le juge, mais simplement l'injonction plus générale adressée à l'administration par le législateur d'assurer une bonne exécution des décisions de justice²⁸⁶⁷. Il n'était pas cependant interdit de penser, à l'instar du rapport Bacquet²⁸⁶⁸, que l'article 2 de la loi de 1980, "en permettant au Conseil d'État de prononcer une astreinte en cas d'inexécution d'une décision de justice, (...) lui -avait- implicitement, mais nécessairement, permis d'enjoindre à l'administration d'exécuter cette décision".

B. L'utilisation du procédé par le Conseil d'État au cours des années qui ont suivi la promulgation de la loi n'a hélas pu que conforter dans leurs craintes ceux qui s'étaient inquiétés de l'ambiguïté du système mis en place : comme le remarque M. Moderne, "les résultats de l'astreinte administrative sont généralement jugés décevants, et parfois dérisoires"²⁸⁶⁹. Il est vrai que la Haute

²⁸⁶¹ Selon l'expression de P. Bon, "Un progrès dans l'État de droit : la loi du 17 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative (...)", *Revue du droit public* 1981, p.5.

Voir également :

- E. Baraduc-Benabent, "L'astreinte en matière administrative", *Dalloz* 1981, chron. p.95.

- J. Tercinet, "Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.2.

²⁸⁶² Pour plus de précisions sur cette "contrainte au paiement", voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n° 951, p.848.

²⁸⁶³ Cf. les trois commentaires de la loi du 16/07/1980 précités.

²⁸⁶⁴ Cf. notamment P. Lewalle, "L'astreinte, garantie de l'efficacité des arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'État. Examen du droit français et du droit belge", in *Mélanges J.-M. Auby* (1992), p.579.

²⁸⁶⁵ Exposé des motifs, doc. Sénat, 1976-77, n°273.

²⁸⁶⁶ F. Llorens, "Astreintes administratives et exécution des jugements contre les personnes morales de droit public", *Annales des Universités des Sciences Sociales de Toulouse* 1981, p.193.

²⁸⁶⁷ Voir notamment, déplorant cette anomalie, V. Turcey, "De l'astreinte à l'injonction ?", *Gazette du Palais*, 16/18 février 1992, p.5.

²⁸⁶⁸ Rapport précité, p.496.

²⁸⁶⁹ *Art. cit.* p.808, note 71.

De nombreux auteurs ont été conduits à établir un tel constat, comme par exemple : B. Brenet, "L'astreinte administrative : un essai à transformer", *Les petites affiches*, 5 février 1988, p.11 ; A. Daher, "La faillite *de facto* de la loi sur les astreintes administratives", *La Revue administrative* 1992, p.409 ; C. Gouaud, "La loi du 16 juillet 1980 et le

juridiction a dans de nombreux cas, et alors même qu'elle détient de la loi un pouvoir inconditionné pour rejeter de telles demandes²⁸⁷⁰, opposé aux prétentions des requérants des constructions juridiques hasardeuses²⁸⁷¹. Repousser sans motif valable une requête légitime aurait en effet heurté de plein fouet l'équité dont le respect doit demeurer la finalité de l'action de juge, et le Conseil d'État a préféré s'abriter derrière des raisonnements en apparence irréprochables.

Mais au delà de ces coquetteries jurisprudentielles se cache une réalité plus profonde : si l'utilisation du procédé n'est pas à la hauteur des espérances initialement formulées par la plupart des juristes, c'est que le Conseil d'État n'a pas voulu, de lui-même, prendre le virage dans lequel la loi de 1980 lui suggérait de s'engager. En refusant de surmonter sa réticence traditionnelle à donner des ordres à l'administration, il a relégué le prononcé de l'astreinte à quelques cas résiduels dans lesquels la décision du juge impose à la personne publique condamnée une obligation de faire précise²⁸⁷². On retrouve cette constante dans chacune des seules six affaires qui, de 1985 à 1993, ont abouti à la mise en jeu effective du procédé²⁸⁷³ : ainsi dans l'affaire *Menneret*²⁸⁷⁴, il s'agissait d'exécuter l'annulation d'une délibération d'un Conseil municipal qui avait retiré une précédente délibération décidant l'inscription du nom du père de la requérante sur le monument aux morts de la commune ; le jugement dont bénéficiait *Mme Leroux* imposait quant à lui clairement la restitution de parcelles irrégulièrement remembrées²⁸⁷⁵ ; dans l'affaire *Mme Bastien*²⁸⁷⁶, le Conseil d'État a souligné que dans la motivation du jugement à exécuter, "le tribunal a expressément indiqué que l'intéressée est bien fondée à se prévaloir d'un droit à couverture sociale par la caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales" à l'occasion de l'annulation du refus d'affiliation qui lui avait été opposé ; l'arrêt *Société les tennis J. Becker*²⁸⁷⁷ concernait le versement d'une somme d'argent que la collectivité condamnée devait acquitter en vertu d'une décision de justice ; dans les deux dernières espèces enfin, les deux requérants étaient des fonctionnaires qui bénéficiaient de l'annulation de leur éviction et se heurtaient à un refus de procéder à la réintégration à laquelle ils pouvaient prétendre²⁸⁷⁸. L'arme que constitue l'astreinte n'a donc été mise à contribution que dans des hypothèses très limitées où, par exception, les jugements rendus équivalaient à des injonctions adressées à l'administration²⁸⁷⁹.

Conseil d'État", *Les petites affiches*, 17 février 1989, p.4 ; N. Kingue, "La loi du 16 juillet 1980 sur l'astreinte en matière administrative", *Les petites affiches*, 7 et 9 février 1990, p.12 s., et p. 19 s.

²⁸⁷⁰ Elle peut ainsi rejeter une demande en présence d'une inexécution avérée de la chose jugée. Cf. notamment C.E., 8/04/1994, Mme Latchoumaninchetty, *Droit administratif* 1994, n°360, obs. S.D. : refus fondé en l'espèce sur le fait qu'il y a eu un mal jugé qui justifie que l'astreinte ne soit pas prononcée.

²⁸⁷¹ Cf. notamment la fameuse jurisprudence Mlle Leroux qui constituait un véritable "piège" tendu au requérant (C.E., 2/12/1983, p.482 ; *La Revue administrative* 1984, p.265, note B. Pacteau) et a rendu nécessaire l'intervention d'un décret inflexible (Décret du 15/05/1990 ; J.O. 16/05/1990, p.5853 ; *Les petites affiches*, 13/06/1990, commentaire B. Pacteau).

Cf. également C.E., 26/05/1986, Société Notre-Dame des fleurs, p.151 ; *Dalloz* 1986, I.R., p.149, note F. Llorens ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.461, note J. Moreau : le Conseil d'État se contente de la prise de mesures qui "manifestent le volonté" d'exécuter le jugement pour s'abstenir de prononcer une astreinte.

²⁸⁷² Pour plus de précisions sur tous ces points, voir notre Mémoire de D.E.A., *Dix ans de jurisprudence du Conseil d'État en matière d'astreintes administratives*, (Université de Pau, 1990).

²⁸⁷³ Alors que dans le même temps quelques 800 demandes d'astreintes ont été enregistrées !

²⁸⁷⁴ C.E., S., 17/05/1985, Menneret, p.149, conclusions J.-M. Pauti ; *Dalloz* 1985, p.583, note J.-M. Auby ; *La Revue administrative* 1985, p.467, note B. Pacteau.

²⁸⁷⁵ C.E., 15/10/1986, Dame Leroux, p.231 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.686, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre ; *Revue française de droit administratif* 1987, p.240, note J. Morand-Deville.

²⁸⁷⁶ C.E., 28/05/1993, arrêt précité.

²⁸⁷⁷ C.E., 27/05/1985, Soc. "Les tennis Jean Becker", p.890 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.485, observations X.Prétot.

²⁸⁷⁸ C.E., 14/01/1987, Delle Laucoin, p.5 ; *Les petites affiches*, 22/02/1989, p.11, note C. Guettier ; et C.E., 15/04/1988, Dame Béchet, p.968 ; *Le Quotidien juridique*, 30/09/1989, p.3, note F. Chauvel.

²⁸⁷⁹ Il convient de souligner en outre que, dans les six affaires évoquées, les requérants s'étaient heurtés à une mauvaise volonté tellement manifeste des administrations condamnées qu'elle en devenait impardonnable (retards excessifs, aggravés parfois par un appel dilatoire (Cf. arrêt Bastien) ; refus obstiné ou bravades émanant des services responsables

C. Le procédé joue en fait un rôle à un niveau qui n'est pas le sien : celui de la persuasion. De l'aveu même de M. Braibant, "elle agit essentiellement comme une menace"²⁸⁸⁰ au service de la Section du rapport et des études, que celle-ci soit saisie sur la base du décret de 1963²⁸⁸¹ ou durant la phase d'instruction d'une demande d'astreinte²⁸⁸². La simple perspective d'un prononcé d'astreinte conduit en effet en général à ramener à la raison les administrations récalcitrantes²⁸⁸³. Mais employer de la sorte l'arme qui lui a été confiée en 1980 dénote une mauvaise compréhension, par le Conseil d'État, du jeu naturel de celle-ci. L'astreinte est en effet par essence un procédé comminatoire, et c'est son prononcé qui doit constituer une menace contre l'inexécution. L'utilisation qui en est faite tend au contraire à faire glisser ce caractère comminatoire en amont de la procédure : ce n'est plus du prononcé de l'astreinte comme menace dont on se sert pour contraindre l'administration à s'exécuter, mais bien de la menace de son prononcé.

II - La responsabilité limitée des agents fautifs

A. Une des lacunes dénoncées par le rapport Bacquet concernait le maigre effet pratique des dispositions concernant la Cour de discipline budgétaire : très peu saisie²⁸⁸⁴, celle-ci n'a jamais prononcé de condamnation²⁸⁸⁵. De plus, trois anomalies étaient mises en exergue : la première était due à la loi du 25 septembre 1948 qui, outre les membres du gouvernement, rendait les élus locaux insusceptibles d'être jugés par cette institution²⁸⁸⁶ ; la deuxième provenait du fait que le Conseil d'État n'avait pas le pouvoir de saisir celle-ci "alors pourtant qu'il est particulièrement bien placé, en raison des responsabilités de la Section du Rapport et des études en matière d'exécution des décisions de justice, pour déceler les manquements des collectivités publiques à leurs obligations"²⁸⁸⁷ ; la troisième, enfin, résultait de ce que seuls étaient ainsi réprimables les comportements ayant conduit à la condamnation à astreinte de la collectivité concernée, et non ceux qui, sans arriver à une telle extrémité, avaient entraîné un accroissement parfois non négligeable des charges publiques par le jeu des intérêts supplémentaires dus en raison du retard mis à exécuter une décision de justice. Le rapport prévoyait donc de remédier à ces différentes carences en faisant intervenir le législateur.

de l'inexécution etc.). Ce degré de rébellion envers la chose jugée étant également exigé par le Conseil d'État comme condition au prononcé d'une astreinte, on comprend le caractère exceptionnel de celui-ci (Cf. notre Mémoire précité).

²⁸⁸⁰ Art. cit. p.420.

²⁸⁸¹ L'article 2 de la loi du 16/07/1980 offre en effet la possibilité au Conseil d'État d'en prononcer "d'office".

²⁸⁸² Le décret du 12/05/1981 lui a en effet confié ce rôle.

²⁸⁸³ Voir à ce propos *Etudes et documents du Conseil d'État* 1989, n°41, p.119.

Dans de telles hypothèses, ou bien le requérant se désiste (C.E., 25/04/1990 Camara, *Droit administratif* 1990 n°356), ou bien le Conseil d'État rejette la requête au motif qu'elle est devenue sans objet (C.E., 2/07/1982, Rouzeaud, *Dalloz* 1983, Somm. Com. p.282, note Baraduc-Benabent ; et, récemment, C.E., S., 4/11/1994, El Abed El Alaoui, *Droit administratif* 1995, n°80 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.231, conclusions R. Abraham ; *Les petites affiches*, 19 juillet 1995, n°86, p.35, note F. Priet).

²⁸⁸⁴ A vingt et une reprises seulement.

²⁸⁸⁵ Sur l'issue de ces différentes affaires, Cf. rapport précité p.486.

²⁸⁸⁶ C'est la raison pour laquelle, à l'issue de la première liquidation d'astreinte (C.E., 2 mars 1988, S.A. Les tennis Jean-Beker c/ commune de Morne-A-L'eau, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.485, observations X. Prétot), aucune amende ne fut infligée, le responsable de l'inexécution se trouvant être le maire de la commune (Cf. C. Descheemaeker, "La Cour des comptes", Les études de la Documentation française, 1992, p.167).

²⁸⁸⁷ Rapport Bacquet, précité, p.486.

B. Après un projet de loi d'avril 1990 avorté, c'est l'article 78 de la loi contre la corruption promulguée le 29 avril 1993 qui a repris à son compte certaines de ces propositions²⁸⁸⁸. Désormais, en vertu de ce texte, les autorités locales élues peuvent être poursuivies devant la Cour lorsque leur comportement a conduit au prononcé d'une astreinte à l'encontre de l'administration qu'elles chapeautent, et sont passibles d'une amende pouvant atteindre le montant brut de leur indemnité annuelle de fonctions ou, à défaut, la somme de 5000 francs. Cette mesure va assurément dans le bon sens, mais demeure d'une portée pratique limitée, et cela pour plusieurs raisons : en premier lieu, les membres du gouvernement sont toujours exemptés de la procédure en question, alors que l'État est parfois condamné au versement d'une astreinte²⁸⁸⁹ ; ensuite parce que le Conseil d'État n'est toujours pas habilité à saisir la Cour, ce qui prive la Section du rapport et des études d'une arme qui aurait, sans nul doute, constitué une menace supplémentaire très efficace sur les administrations récalcitrantes ; enfin parce que seul le prononcé d'une astreinte est toujours de nature à entraîner la sanction prévue. En outre, on aurait pu envisager, pour des affaires particulièrement graves, des sanctions supplémentaires plus dissuasives, touchant par exemple l'éligibilité des élus ou la responsabilité pénale des agents fautifs, bien qu'il semble que le jeu de telles mesures se heurterait à des problèmes d'individualisation de la faute²⁸⁹⁰.

On pouvait légitimement manifester de la déception quant à la conception -et l'utilisation corrélative- des différentes coercitions organisées contre les refus obstinés de l'administration à s'exécuter. Le caractère limité des améliorations prévues par la loi anti-corruption sur le problème de la responsabilité des agents fautifs laisse pareillement une certaine amertume. Mais un récent renforcement du système de l'astreinte administrative suscite un nouvel optimisme.

Paragraphe 3. Les espoirs nés de la réforme du 8 février 1995

Avec le texte voté au début de l'année 1995, le suivi des décisions rendues par les juridictions judiciaires, et en particulier la procédure de l'astreinte, semble pénétrer dans une ère nouvelle, bien que seule la pratique jurisprudentielle à venir soit à même de confirmer cette impression favorable.

I - Des changements fonciers

A. Il serait sans doute excessif d'imputer le mauvais usage de l'astreinte administrative, durant les quinze premières années qui ont suivi son introduction en droit administratif, au seul Conseil d'État. Le législateur de 1980 et, après lui, le pouvoir réglementaire détiennent une part de responsabilité, pour avoir instauré un régime hypocrite, destiné prétendument à faciliter l'exécution des décisions de justice, mais incapable structurellement sinon d'assurer celle-ci, du moins de l'accélérer. Outre le refus déjà signalé de confier un pouvoir d'injonction au Conseil d'État, cette incohérence ressort nettement du choix alors pratiqué de réserver la technique de l'astreinte à l'hypothèse d'un refus d'exécution avéré. La Haute juridiction, qui détenait le monopole de l'usage du procédé²⁸⁹¹, devait, à la différence de ce qui se passe en droit civil où l'astreinte est souvent prononcée en même temps que le jugement principal, attendre nécessairement une carence

²⁸⁸⁸ Sur cet article, voir les études de J. Boudine (*Les petites affiches*, 13 août 1993, p.7) et de H.-M. Crucis, *Revue française de droit administratif* 1993, p.1104.

²⁸⁸⁹ Liquidant des astreintes prononcées à l'encontre de l'État par des arrêts antérieurs, voir C.E., 6/01/1995, Soulat et Boivin (2 arrêts), *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.104, chronique L. Touvet et J.-H. Stahl ; *Revue du droit public* 1995, p.531, conclusions M. Denis-Linton.

²⁸⁹⁰ Voir sur ce point l'intervention de M. Braibant au *Colloque de Douai*, actes précités, p.21.

²⁸⁹¹ La solution, adoptée par l'article 2 de la loi du 16 juillet 1980, tranchait avec le système civil, dans lequel la jurisprudence a déduit de l'imprécision de la loi de 1972 que toutes les juridictions compétentes pour prononcer une condamnation sont habilitées à assortir cette condamnation d'une astreinte.

effective de l'administration avant que de pouvoir utiliser ce moyen de coercition ; et le décret du 12 mai 1981 avait institué un long délai de six mois préalable à la demande d'astreinte. Dans ces conditions, il apparaissait que, même conceptuellement, l'astreinte administrative ne constituait qu'un recours contre un mal déjà déclaré et non un remède préventif comme peut l'être son homologue privé. Comment s'étonner dès lors que le Conseil d'État en ait fait l'usage que l'on sait ? Saisi contre une inexécution qui date déjà de plusieurs mois, le premier de ses soucis était de faire cesser celle-ci en employant tous les moyens de persuasion mis à sa disposition. Une fois ce processus engagé, la Section du Rapport et des Etudes souhaitait bien évidemment le mener à terme sans avoir à aller jusqu'à prononcer une astreinte, qu'elle analysait comme traduisant "un échec de ses tentatives de persuasion"²⁸⁹², même si cette politique s'avérait très préjudiciable à la rapidité de l'exécution²⁸⁹³.

B - C'est la préoccupation de "rendre plus opératoire"²⁸⁹⁴ le système qui, après quelques velléités réglementaires en ce sens²⁸⁹⁵, a conduit le législateur à intervenir à nouveau en 1995, et à remédier aux trois défauts majeurs de la construction antérieure :

1 - La première innovation -majeure, s'il en est, dans l'optique de l'astreinte- réside dans l'autorisation donnée au juge d'enjoindre désormais l'administration à prendre telle ou telle mesure rendue nécessaire par le jugement qu'il rend à son encontre. En dépit des limites du système prévu par rapport à une véritable action en déclaration de droits²⁸⁹⁶, cette permission permettra à n'en pas douter une clarification de la situation antérieure, que le compromis adopté par le législateur de 1980 rendait pour le moins bancal²⁸⁹⁷, et évitera le plus souvent au requérant de se méprendre sur la portée exacte du jugement rendu en sa faveur²⁸⁹⁸.

²⁸⁹² *Etudes et documents du Conseil d'État* 1987, n°38, p.195.

²⁸⁹³ L'étude de la phase d'instruction de la demande d'astreinte révèle en effet que, si celle-ci était estimée en moyenne à deux mois pour les affaires "normales" (Cf. *Etudes et documents du Conseil d'État* 1983-84, p.192.), les délais pouvaient s'élever jusqu'à plus de quarante mois dans les cas les plus problématiques (46 mois dans l'affaire Dlle Laucoin) !

Sur ce problème, Voir O. Dugrip, "Exécution des décisions de la juridiction administrative", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, n°311.

Cela s'aggravait par le fait que le Conseil d'État, lorsqu'il prononçait une astreinte, ménageait encore un délai de grâce de deux mois au profit de l'administration avant que ne se compute le mécanisme (Cf. les cinq premiers prononcés d'astreinte).

En outre, même lorsque les diligences de la Section du Rapport et des Etudes aboutissaient à un résultat positif avant d'avoir à solliciter le prononcé, les délais pouvaient paraître excessifs. Témoin cette affaire (particulièrement sensible, car intéressant le contentieux de l'expulsion) dans laquelle l'étranger qui a dû quitter le territoire français apprend, dix-huit mois après, que le ministre ne s'oppose plus à son retour (Cf. l'affaire El Abed el Alaoui, précitée) !

²⁸⁹⁴ Rapport Bacquet, p.495.

²⁸⁹⁵ Voir en particulier le décret n°90-400 du 15/05/1990 qui précise la procédure de prononcé d'office de l'astreinte.

²⁸⁹⁶ Pour plus de précisions sur ces points, voir *supra*, paragraphe précédent.

²⁸⁹⁷ Voir notamment l'avis d'Y. Gaudemet (émis dès avant la loi de 1980 !) selon lequel, le recours pour excès de pouvoir se présentant de plus en plus comme opposant l'administration à un administré, l'injonction était la clé de l'efficacité des annulations contentieuses ("Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif", in *Mélanges Burdeau*, L.G.D.J. 1977, pp.805 et s. et plus particulièrement p.821).

²⁸⁹⁸ Ce qui n'était pas rare sous l'état du droit antérieur. Voir par exemple : C.E., 2/10/1987, Epoux Manceau, p.301 ; et plus récemment, C.E., S., 7/01/1994, Epoux Ledoux, p.11 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.255 ; *Revue française de droit administratif* 1994, p.390, arrêt précité (requérants croyant à tort que l'annulation de l'institution d'une servitude sur leur terrain impliquait nécessairement la destruction de la canalisation dont cette mesure avait permis la construction).

2 - La déconcentration du pouvoir d'astreindre constitue la deuxième évolution notable engendrée par la loi du 8 février 1995²⁸⁹⁹. Alors que le système initial prévoyait une compétence unique du Conseil d'État à cet égard, le nouveau dispositif prévoit que chaque juridiction sera désormais responsable de l'exécution de ses propres décisions. Le critère de répartition, simple en apparence, a été parfaitement résumé par D. Chabanol : "le tribunal administratif pourvoit à l'exécution de ses jugements définitifs ; la cour administrative d'appel pourvoit à l'exécution de ses arrêts définitifs et des jugements frappés d'appel devant elle ; si l'appel relève du Conseil d'État, c'est à lui de pourvoir à l'exécution du jugement"²⁹⁰⁰. Cette disposition, voulue par le Rapport du Conseil d'État de 1990²⁹⁰¹, répond aux mêmes préoccupations que celles du décret n°90-400 du 15 mai 1990 qui confiait une partie des affaires d'exécution aux présidents de cours administratives d'appel : il s'agit non seulement de désengorger la Section du Rapport et des Etudes, qui n'arrivait plus, depuis quelque temps, à traiter dans l'année la totalité des affaires dont elle était saisie²⁹⁰², mais également à donner une dynamique nouvelle au suivi de l'exécution, censé être désormais plus proche du jugement, donc à la fois plus efficace -le magistrat qui prononce la décision étant naturellement intéressé à sa transcription dans les faits- et plus rapide. Le rôle dominant de la juridiction suprême de l'ordre administratif n'a pas pour autant été gommé : tout d'abord parce que le législateur a prévu que "le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'État"²⁹⁰³ ; ensuite dans la mesure où les dispositions nouvelles ne rendent pas l'ancienne procédure totalement obsolète²⁹⁰⁴, puisqu'elle pourra jouer pour assurer l'exécution des décisions des juridictions administratives spéciales et des arrêts rendus par le Conseil d'État en premier ressort ou en appel ; enfin, à raison du fait que l'alinéa 4 de l'article L. 8-4 calque le régime de l'astreinte déconcentrée sur celui de l'astreinte confiée au Conseil d'État par la loi de 1980, régime largement défini par la jurisprudence de la Haute juridiction.

3 - Une dernière nouveauté remarquable doit être mise en exergue : en permettant que l'astreinte puisse accompagner chaque hypothèse d'injonction (qui peut être, rappelons-le, préventive ou coercitive²⁹⁰⁵), le législateur remédie *ipso facto* à l'importante anomalie de la loi de 1980 qui n'avait prévu son prononcé qu'en cas d'inexécution constatée. Dorénavant, le juge administratif peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, prononcer une annulation, en déterminer les incidences en un unique dispositif, et simultanément astreindre l'administration au cas où elle ne mettrait pas en œuvre ces dernières dans un délai déterminé. Malgré le caractère évidemment bénéfique d'une telle solution, les parlementaires ont longuement discuté de son opportunité, et seule la ténacité sénatoriale lui a assuré la préférence²⁹⁰⁶. Grâce en soit rendue à la deuxième Chambre, car il est sûr que cette faculté, si elle est exploitée de façon satisfaisante, permettra d'obtenir plus rapidement l'exécution des décisions juridictionnelles qu'un simple système *a*

²⁸⁹⁹ Mesure de déconcentration jugée "très heureuse" par J.-M. Woehrling (*Les petites affiches* 1995, n°62, art. cit. p.19).

²⁹⁰⁰ *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, art. cit. p.395.

²⁹⁰¹ Rapport précité.

²⁹⁰² Ce qui entraînait automatiquement une augmentation des stocks (de 435 affaires au 31 décembre 1993 à 507 au 31 décembre 1994 (Cf. *Etudes et documents du Conseil d'État* n°46, rapport précité, p.220)).

²⁹⁰³ Article L.8-4, alinéa 5.

C. Lepage et C. Huglo (*Les petites affiches* 1995, n°33, art. cit. p.14) déplorent que n'apparaisse pas le critère d'application dudit renvoi. A la lecture du rapport de 1990, il faut penser qu'il réside dans la nécessité d'user de l'autorité et du prestige de la Haute juridiction pour contraindre les administrations les plus récalcitrantes.

²⁹⁰⁴ Cela ressort du choix du législateur d'ajouter un deuxième alinéa dérogatoire à l'article 2 de la loi du 16 juillet 1980, plutôt que de modifier ce dernier, et du décret n°95-830 du 3 juillet 1995 précisant les modalités d'application de la loi du 8 février en ce domaine.

²⁹⁰⁵ Pour plus de détails sur ce point, voir *supra*, paragraphe précédent.

²⁹⁰⁶ Cf. le Rapport de la Commission mixte paritaire en date du 20/12/1994 (Doc. A.N. n°1829 ; Doc Sénat n°180), pp.10 et 11.

Initialement, le projet gouvernemental ne prévoyait pas la possibilité d'astreinte préventive, et réservait ce procédé à l'accompagnement des seules injonctions coercitives. La procédure se rapprochait donc, par sa lourdeur et en dépit de la déconcentration pratiquée, de celle qui lui préexistait.

posteriori, soumis à la création d'une instance nouvelle après constatation de la défaillance administrative.

Les différentes innovations qui viennent d'être énumérées concourent donc à susciter, chez l'observateur, un optimisme certain sur l'avenir du suivi des décisions d'annulation. Mais quelques incertitudes assombrissent quelque peu ce tableau idyllique.

II - Un optimisme à tempérer

Commentant les dispositions de la loi du 8 février 1995, L. Touvet et J.-H. Stahl²⁹⁰⁷ ont prophétisé que "les demandes d'astreintes et leur prononcé se multiplieront probablement pour obtenir de l'administration qu'elle prenne effectivement, et dans les délais impartis, les mesures d'exécution des prescriptions posées par le juge". Si l'on doit effectivement encourager pareille évolution, destinée à améliorer sensiblement la garantie des droits du requérant, trois éléments doivent cependant nous inciter à la prudence :

A. Le premier est d'ordre textuel. Le libellé de la loi se bornait à donner les grandes orientations de l'état du droit à venir, et omettait certaines précisions importantes, notamment le fait de savoir si les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel disposeraient d'une structure qui, à l'image de la Section du Rapport et des Etudes pour le Conseil d'État, serait capable d'assurer des pressions amiables sur l'administration antérieurement au prononcé d'une injonction coercitive, éventuellement assortie d'astreinte. L'article 8-4, alinéa 1^{er} semblait pencher en faveur d'une telle solution, puisqu'il accordait à ces juridictions le soin d'"assurer l'exécution" de leur décision, sans limiter cette habilitation au seul suivi contentieux de celle-ci. Or le décret n°95-831 du 3 juillet 1995, qui précise ce que sera l'application concrète des dispositions de la loi, déçoit sur ce point précis : certes, il existera une phase de concertation préalable, mais assurée par le président de la juridiction concernée ou un rapporteur désigné à cette fin, c'est-à-dire que cette mission, loin d'être dévolue à un ou plusieurs magistrats spécialisés, se greffera en surcharge sur un travail juridictionnel déjà particulièrement lourd. En outre, le même texte prévoit que cette phase préalable s'intégrera d'emblée dans un cadre contentieux, après dépôt d'un recours à cette fin par le justiciable intéressé²⁹⁰⁸. Parallèlement, rien n'est précisé quant à un éventuel renvoi d'une affaire devant le Conseil d'État. On peut craindre que les bienfaits de la décentralisation du suivi de l'exécution des jugements se trouvent quelque peu altérés par ces différentes anomalies.

B. Le deuxième est d'ordre jurisprudentiel. Il ne faut pas se cacher que la portée de cette réforme dépendra de ce que le juge en fera. Or, au vu de l'application pour le moins timide de la loi de 1980, on peut nourrir quelque doute sur le désir de celui-ci d'utiliser pleinement les armes dont le législateur le dote à l'encontre de l'administration ; et les premières décisions rendues par le Conseil d'État dans le cadre de son nouveau pouvoir d'injonction ne sont guère de nature à nous inciter à l'optimisme²⁹⁰⁹. Espérons donc ces prémices trompeuses, et que le juge administratif entendra donner pleine mesure aux dispositions nouvelles²⁹¹⁰.

²⁹⁰⁷ Chronique générale de jurisprudence administrative française, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.109.

²⁹⁰⁸ Sur tous ces points, voir le texte du décret commenté par D. Chabanol, *Revue française de la décentralisation*, novembre 1995, pp.204/205 (commentaire précité). A noter que ledit recours est dispensé du ministère d'avocat.

²⁹⁰⁹ Voir notamment la décision Grekos (C.E., 7/04/1995, arrêt précité).

²⁹¹⁰ Est à relever dans la jurisprudence récente du Conseil d'État un phénomène qu'on souhaite constitutif d'un signe positif : l'année 1994 a vu augmenter sensiblement le nombre de prononcés d'astreinte à l'encontre de l'administration en application de la loi de 1980 (la Haute juridiction ayant prononcé au cours de cette seule année autant d'astreintes que pour la période située entre 1985 et 1993 ; pour la liste complète de ces différents prononcés, voir la chronique L. Touvet et J.-H. Stahl précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.104, note 5). La juridiction administrative normaliserait-elle enfin ses rapports avec cette technique issue du droit privé ? Cette impression (que confirme la premier semestre de l'année 1995 (Cf. note I. Muller précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.654)) semble de bon augure pour l'avenir de la réforme de février 1995, d'autant que d'anciennes solutions restrictives ont été abandonnées (Cf. en particulier C.E., S., 5/05/1995, Berthaux, arrêt précité : une demande d'inexécution

C. Le troisième provient du caractère "expérimental" conféré aux dispositions de la loi du 8 février 1995 en matière d'injonction et d'astreinte. Le rapport du député M. Porcher a insisté en effet sur la nécessité d'apprécier leur portée "à l'expérience, notamment en termes de charge de travail pour les juridictions de premier degré et d'appel"²⁹¹¹. Il peut sembler dommage de conditionner le devenir de mesures incontestablement bénéfiques au degré de surcroît d'activité qu'elle généreront immanquablement, plutôt que de prévoir les moyens matériels et humains nécessaires aux tribunaux administratif et cours administratives d'appel pour y faire face.

La modulation des effets d'une annulation n'est pas le simple fait d'acquis légitimes ; elle recèle de nombreuses anomalies, qu'il faut s'attacher à combattre, sinon à vaincre définitivement (ce qui sera sans doute difficile pour certains d'entre eux, en particulier pour ceux inhérents à la lenteur de la juridiction administrative). Si le regard se déporte à présent vers le domaine de l'exception d'illégalité, il se fixe non plus sur les défauts intrinsèques des divers acquis qu'on peut y trouver, mais bien plutôt sur la prudence excessive qui les a consacrés.

prématurée qui était traditionnellement estimée irrecevable (C.E., 18/02/1983, Dlle Nielsen, p.14 ; 19/10/1988, Pasanau, *Dalloz* 1989, p.147, note G. Pambou-Tchivounda) est désormais admise dès lors que le refus d'exécution a persisté au delà du délai de six mois imparti par le décret de 1981).

²⁹¹¹ Rapport n°1427 précité, p.111.

SOUS-TITRE II

DIFFICULTES A AGREER L'EXCES D'ACQUIS EN MATIERE D'EXCEPTION

Le mouvement jurisprudentiel de renforcement des préoccupations de légalité dans le domaine de l'exception n'a manifestement pas exploré l'ensemble des champs d'investigation qui s'offraient à lui. De nombreuses règles destinées originellement à préserver la sécurité juridique n'ont pas subi l'assaut auquel leur inutilité patente semblait les exposer, ce qui s'avère d'autant plus regrettable que la voie de l'exception joue sans conteste un rôle fondamental dans la répression des vices entachant l'action administrative. Après avoir dénoncé cette carence (Chapitre 1), nous nous permettrons d'indiquer quelques directions dans lesquelles pourrait s'engager un droit positif encore très perfectible (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA DISTORSION MANIFESTE ENTRE IMPORTANCE DE L'EXCEPTION ET ETENDUE DES CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

La faculté de contester la légalité d'un acte administratif par voie d'exception revêt aujourd'hui une importance capitale, non seulement d'un point de vue strictement pratique, mais également au regard de certaines exigences constitutionnelles. La pauvreté des effets qui lui sont classiquement dévolus n'en prend que plus de relief.

SECTION 1. LA VOIE DE L'EXCEPTION CONSTITUE UN APPOINT NON NEGLIGEABLE DANS LA POURSUITE DE L'ILLEGALITE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

En dépit des critiques idéologiques dont il a pu faire l'objet²⁹¹², le principe de légalité régit toujours au premier chef l'activité administrative. "Véritable police interne de l'ordre juridique"²⁹¹³, il signifie bien évidemment que les normes juridiques inférieures ne sont valides qu'à la condition de ne pas entrer en conflit avec les normes de niveau supérieur, mais encore que l'activité des divers organes de l'État doit se trouver encadrée par le Droit. Cette exigence minimale dans nos démocraties constitue sans conteste une garantie de base offerte à chaque citoyen, comme, corrélativement, les voies contentieuses aptes à sanctionner toute entorse à cette règle de conduite. Le Conseil constitutionnel en a jugé ainsi s'agissant de la possibilité de soulever une exception d'illégalité, placée en cela au même rang que la faculté d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative. Et l'on comprendra d'autant mieux cette considération après avoir mis en relief le caractère irremplaçable que peut revêtir cette technique dans un certain nombre de situations.

Paragraphe 1. Un rôle parfois irremplaçable

Un certain nombre de situations ne se plient pas au schéma classique qui veut que l'illégalité de tout acte administratif puisse, par principe, être directement sanctionnée par le juge de l'annulation. Pour des motifs différents et spécifiques - liés tantôt à la nature de l'acte en cause, tantôt au type d'irrégularité à constater -, la voie de l'exception d'illégalité s'y avère la seule réellement exploitable à cette fin.

²⁹¹² Cf. en particulier D. Loschak, "Le principe de légalité. Mythes et mystification", *Actualité juridique, Droit administratif* 1981, pp.388 s. et plus spécialement p.392 : "La désacralisation de la loi et du droit marque le déclin de l'idéologie juridique, coïncidant avec le passage d'une rationalité juridique essentiellement stabilisatrice à une rationalité technico-économique valorisant le changement. Si l'impératif d'efficacité prime désormais sur le souci de la régularité juridique, c'est aussi parce que l'expertise, la compétence remplacent la légalité dans le système de légitimation de l'administration. (...) Le principe de légalité, pour l'instant, n'est pas directement remis en cause ; c'est encore lui qui fait tenir ensemble l'édifice constitutionnel des démocraties libérales. Mais combien de temps peut subsister une théorie si elle est constamment démentie par les faits ?"

²⁹¹³ Selon l'expression de J. Chevallier, pour qui cette "fonction instrumentale" du principe de légalité s'assortit d'"un "fort investissement symbolique" explicité dans son article "La dimension symbolique du principe de légalité", *Revue du droit public* 1990, pp.1651 s.

I - Certains actes ne peuvent subir de contrôle de légalité que par voie d'exception

Il sera ici question de la catégorie des directives apparue en droit administratif avec le fameux arrêt *Crédit foncier de France*²⁹¹⁴. Le point est trop connu pour qu'on le détaille à outrance²⁹¹⁵. Contentons-nous donc de rappeler que la croissance de l'interventionnisme économique de l'administration a rendu nécessaire la consécration de ce type d'acte à mi-chemin entre la circulaire interprétative et l'acte réglementaire. Très souvent en ce domaine, l'action des pouvoirs publics se réalise par voie d'incitation, et plus particulièrement par l'octroi de certains avantages que les textes leur donnent le pouvoir d'accorder discrétionnairement. Or, dans le but de rationaliser l'usage de ces prérogatives, il est apparu nécessaire, du fait du grand nombre et de la variété des autorités susceptibles d'intervenir - autorités déconcentrées, décentralisées, voire organismes privés -, de permettre au ministre responsable de fixer à l'avance une ligne de conduite destinée à assurer la cohérence de l'action entreprise et l'égalité des candidats à ces aides. Le procédé de la directive s'est imposé en raison de sa souplesse (du fait notamment des nécessités d'adaptation constante aux fluctuations de la conjoncture) et surtout pour compenser l'absence de pouvoir réglementaire général des ministres.

Le régime juridique des directives *Crédit foncier de France* traduit leur caractère "hybride"²⁹¹⁶ : de leur ressemblance avec la catégorie des circulaires - qui provient notamment du fait que l'administration peut toujours s'écarter de l'orientation qu'elles définissent pour des motifs d'intérêt général ou en raison des particularités de tel ou tel dossier²⁹¹⁷ -, elles tirent une immunité contentieuse directe, puisque la jurisprudence les considère insusceptibles de recours pour excès de pouvoir²⁹¹⁸ ; mais dans la mesure où l'administration est en droit de se fonder explicitement sur elles pour justifier la décision qu'elle prend²⁹¹⁹, on a entendu donner une certaine prise au contrôle de leur légalité. C'est pourquoi il est admis que les administrés peuvent exciper de leur illégalité à l'appui d'un recours dirigé contre une mesure édictée sur leur fondement. On mesure l'intérêt -du moins sur un plan théorique- que revêt cette permission en établissant un parallèle avec le régime contentieux des circulaires. Si, pour ces dernières, aucune exception d'illégalité n'est envisagée, c'est parce que pareil procédé s'avérerait parfaitement inutile. De deux choses l'une en effet : soit la circulaire se borne à interpréter le

²⁹¹⁴ C.E., S., 11/12/1970, p.750, conclusions L. Bertrand ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1971, p.196, note H.T.C. ; *Dalloz* 1971, p.673, note D. Loschak ; *La semaine juridique* 1972, n°17232, note M. Fromont ; *Revue du droit public* 1971, p.1224, note M. Waline.

²⁹¹⁵ Pour plus de détails sur la question, on pourra se reporter notamment à l'ouvrage de P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, L.G.D.J. 1978 ; ainsi qu'à l'article de M. Cliquennois, "Que reste-t-il des directives ?", *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.3.

²⁹¹⁶ Selon l'expression de M. Waline, note précitée.

²⁹¹⁷ Cf. notamment C.E., 27/10/1972, Dlle Ecarlat, p.682 ; *Revue de droit sanitaire et social* 1972, p.542, note F. Moderne ; et 12/11/1986, Winterstein, p.338.

²⁹¹⁸ Cette immunité, que l'on déduisait traditionnellement de l'arrêt Société Géa (C.E., S., 29/06/1973, p.453 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1973, p.587, chronique M. Franc et M. Boyon, et p.590, note C.-L. Vier ; *Dalloz* 1974, p.141, note M. Durupt ; *Revue du droit public* 1974, p.547, note M. Waline), a été confirmée en 1991 (C.E., 18/10/1991, Union nationale de la propriété immobilière, p.338 ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.1014).

²⁹¹⁹ Cette "opposabilité" aux administrés a également entraîné leur opposabilité à l'administration : "c'est-à-dire que les administrés sont en droit, devant l'administration ou devant le juge, de se prévaloir des directives pour contester des décisions prises en s'efforçant d'établir que ces décisions ne sont pas justifiées au regard de la directive dont elles procèdent : - soit parce que, selon eux, l'administration aurait dû décider conformément à la directive, alors qu'elle a crû devoir y déroger ; - soit, au contraire, parce que, selon eux, l'administration aurait dû déroger à la directive, alors qu'elle s'y est tenue" (R.Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°577).

droit existant et doit être par définition estimée légale²⁹²⁰ ; soit elle apparaît en inadéquation avec les textes qu'elle prétendait clarifier, et sera considérée comme un règlement à part entière soumis à un plein contrôle contentieux du juge de l'excès de pouvoir²⁹²¹. Les choses se révèlent un peu plus subtiles pour ce qui est des directives. Si elles aussi connaissent le risque de dérive vers l'acte réglementaire à part entière - en ajoutant au droit existant²⁹²² -, elles sont susceptibles d'être entachées d'irrégularités de deux autres types, inhérentes à leur définition même : en tant qu'acte d'orientation d'une législation ou d'une réglementation données, elles doivent s'abstenir de toute velléité de substituer une quelconque compétence liée au pouvoir discrétionnaire qu'elles souhaitent rationaliser, tout comme, parallèlement, elles ne sauraient définir une politique inadaptée aux buts des textes qu'elles mettent en œuvre. Là se trouve tout l'intérêt du jeu du mécanisme de l'exception en la matière, car il représente la seule voie praticable pour faire sanctionner lesdites illégalités²⁹²³.

II - Certaines illégalités ne peuvent être efficacement sanctionnées que par voie d'exception

L'exemple des règlements devenus incompatibles avec les objectifs d'une directive communautaire

Nous retrouvons ici à titre principal la jurisprudence *Ah Won et Butin*, qui a ouvert au mécanisme de l'exception le contrôle de l'illégalité due à un changement de circonstances. Cette permission confère incontestablement à cette voie de droit un rôle majeur et difficilement remplaçable dans la poursuite de l'irrégularité de l'action administrative, du fait de l'inadaptation du recours direct contre l'acte vicié sur le tard. Dans la mesure où le problème a été fortement réactivé par la jurisprudence relative aux directives communautaires, cette dernière fournira matière à illustration de ce paragraphe.

La technique de la directive constitue l'un des moyens privilégiés de la construction communautaire²⁹²⁴. Souple d'utilisation - puisque, c'est connu, en vertu de l'article 189 du Traité

²⁹²⁰ Pour un exemple récent concernant la circulaire du ministre de l'Éducation Nationale interprétant le principe de laïcité et se bornant à proposer aux chefs d'établissement une modification des règlements intérieurs conforme à cette interprétation, voir C.E., 10/07/1995, Association "Un Sisyphe", req. n°162718 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.644, conclusions R. Schwartz.

²⁹²¹ En vertu de la célèbre jurisprudence issue de l'arrêt C.E., Ass., 29/01/1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, p.64 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1954, 2 bis, p.5, chronique F. Gazier et M. Long ; *Droit administratif* 1954, p.50, conclusions B. Tricot.

Les circulaires réglementaires seront le plus souvent censurées pour incompétence de leur auteur à les édicter (pour deux exemples relativement récents, voir C.E., 12/04/1991, Syndicat national de l'enseignement chrétien C.F.T.C., p.134 ; et C.A.A. Paris, 23/02/1993, Compagnie nationale de navigation, *Revue française de droit administratif* 1994, p.938, conclusions A. Mendras).

²⁹²² Voir notamment C.E., 23/09/1983, Association Information-Défense-Action-Retraite, p.369 ; *Revue de droit sanitaire et social* 1984, p.525, conclusions B. Genevois ; C.E., 14/12/1988, S.A. "Gilbert Marine", p.444 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.266, note J.-B. Auby ; et C.E., 21/01/1991, Syndicat autonome des médecins de la santé publique, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.802, note M. Deguergue.

Tout comme les fausses circulaires, les prétendues directives qui cachent un réel règlement seront exposées à un plein contrôle de légalité.

²⁹²³ Voir respectivement :

- pour une tentative de liaison de la compétence de l'administration, l'arrêt C.E., 12/11/1986, Winterstein, précité ;
- pour un exemple de directive inadaptée aux buts de la législation mise en œuvre, C.E., 20/01/1971, Union des sociétés mutualistes du Jura, p.45 ; *Dalloz* 1971, p.673, note D. Loschak ; *La semaine juridique* 1972, n°17232, note M. Fromont.

²⁹²⁴ A titre d'exemple, on peut évoquer les 279 directives prévues par la Commission pour la réalisation du marché unique de 1993 !

de Rome, elle impose aux États membres un résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales le choix des moyens pour y parvenir -, elle a longtemps payé ce caractère relativement peu contraignant par une prise en considération insuffisante de la part du Conseil d'État²⁹²⁵. Pourtant, l'article 5 du même Traité engage les États signataires à se conformer aux obligations qui en résultent ; rien de plus normal que la négligence des directives soit constitutive d'une illégalité, voire d'une faute, devant être l'une et l'autre sanctionnées en tant que telles²⁹²⁶. Aussi faut-il se réjouir du tournant jurisprudentiel amorcé au cours des années 1980 et confirmé par la suite, tendant à assurer de plus en plus l'effectivité de ces normes. De par leur objet, les présents développements ne sauraient bien évidemment reprendre par le menu cette problématique. Rappelons simplement en premier lieu que le Conseil d'État a, en 1989, reconnu sans ambages que "les autorités nationales ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives (...), ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs"²⁹²⁷ ; en second lieu, qu'il n'a pas hésité à engager la responsabilité pour faute de l'État en vue de réparer les préjudices nés de règlements édictés en méconnaissance des objectifs d'une directive²⁹²⁸. Seul le contentieux de la légalité

²⁹²⁵ Encore que la décision habituellement présentée comme témoignant le plus d'hostilité envers cette technique (à savoir l'arrêt Cohn-Bendit dont il sera question un peu plus loin) semble devoir être interprétée a contrario comme porteuse des espoirs concrétisés par la jurisprudence ultérieure. Cf. en ce sens J.-C. Bonichot, "Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des communautés européennes", *Revue française de droit administratif* 1989, pp.579 s., et plus particulièrement p. 597.

²⁹²⁶ Et il apparaît d'autant plus important que cette sanction soit prise en charge par les juridictions nationales quand on connaît les difficultés du recours en carence mis en place au niveau communautaire. Voir sur ce point A. Soldatos, "L'introuvable recours en carence devant la C.J.C.E.", *Cahiers de Droit Européen*, 1969, p.313.

¹⁶ C.E., Ass, 3/02/1989, Compagnie Alitalia, arrêt précité.

¹⁷ C.E., Ass., 28/02/1992, Société Arizona Tobacco Products, p.78 ; *Dalloz* 1993, Som. com., p.141, obs. P. Bon et Ph. Terneyre ; *Revue du droit public* 1992, p.1480, note F. Fines ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.210, conclusions M. Laroque ; et p.329, chronique C. Maugué et R. Schwartz ; *Revue française de droit administratif* 1992, p.425, note L. Dubouis ; *La semaine juridique* 1992, n°21859, note G. Teboul ; *Gazette du Palais* 1993, p.364, note J.-L. Clergerie ; *Les petites affiches*, 10/04/1992, note M. Célerier.

¹⁸ Ce recours pour excès de pouvoir peut viser indifféremment l'acte réglementaire qui a infidèlement transposé la directive en droit interne, ou n'importe quel règlement qui se trouverait en contradiction avec elle. Voir respectivement :

- C.E., 28/09/1984, Confédération nationale des sociétés de protection des animaux, p.481 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, p.695, conclusions P.-A. Jeanneney ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.83, chronique S. Hubac et J.-E. Shoettl ; *Revue du droit public* 1985, p.811, note J.-M. Auby (on peut noter à ce propos que l'acte de transposition peut être annulé non seulement comme recélant une disposition qui va à l'encontre de la directive, mais également au motif qu'il comporte une lacune, c'est-à-dire qu'il a omis de prévoir une règle impliquée par la transposition correcte de la directive en droit interne) ;

et - C.E., 7/12/1984, Fédération française des sociétés de protection de la nature, p.410 ; *Revue française de droit administratif* 1985, p.303, conclusions O. Dutheillet de Lamothe ; et mêmes références que l'arrêt précédent ; C.E., 1er/07/1988, Fédération française des sociétés de protection de la nature, p.271 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.34, conclusions E. Guillaume ; *Dalloz* 1989, p.591, note P. Tedeschi ; et C.E., Ass., 11/03/1994, Union des transporteurs de voyageurs des Bouches du Rhône ; *Dalloz* 1995, p.49, note J.-P. Pastorel (ce dernier arrêt conférant un certain "effet direct" à certaines dispositions de procédure induites par une directive). En outre, depuis l'arrêt d'Assemblée du 28/02/1992 S.A. Rothmans International France (mêmes références que l'arrêt Société Arizona Tobacco Products précité), le fait que le règlement litigieux aurait été pris en application d'une disposition législative (même postérieure) qui lui aurait communiqué son incompatibilité ne constitue plus un obstacle ni à son annulation, ni à la reconnaissance de son irrégularité par voie d'exception (ce qui entraînera la chute des décisions prises sur sa base).

nous retiendra ici, et nous nous proposons de démontrer le rôle à la fois fondamental et insuffisamment exploité qu'y tient le mécanisme de l'exception.

A. Les deux hypothèses dans lesquelles le mécanisme revêt une particulière importance

1 - Passé le délai de transposition d'une directive, l'administration ne saurait édicter de décision contraire à ses objectifs sans commettre une illégalité. Si le principe est clairement posé, sa sanction se révèle imparfaite, dans la mesure où elle ne frappe totalement que les actes de nature réglementaire : à l'encontre de ces derniers, en effet, un administré sera pleinement fondé à exercer un recours pour excès de pouvoir directement justifié par la méconnaissance de la norme européenne²⁹²⁹, tout comme il pourra exciper de cette illégalité à l'appui de conclusions dirigées contre une décision individuelle en faisant application²⁹³⁰, ou contraindre l'administration à prononcer leur abrogation²⁹³¹. La situation s'avère moins simple lorsqu'on se place du côté d'une mesure individuelle qui contrevient aux objectifs de la directive : dans cette hypothèse en effet, le juge administratif est resté fidèle à sa position traditionnelle - et très critiquée dès son adoption²⁹³² - selon laquelle un administré ne pouvait directement fonder sa demande d'annulation sur le fait que l'acte qui le frappe personnellement serait en contradiction avec une directive européenne²⁹³³. Ce vestige, fâcheux à bien des égards²⁹³⁴, de l'ancienne

²⁹³⁰ Voir, confirmant la position adoptée dès 1979 par le tribunal administratif de Lyon (25/10/1979, Stasi, p.534), C.E., 8/07/1991, Palazzi, p.276 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.827, note F. Julien-Laferrière ; *Les petites affiches* 17 juillet 1992, p.35, note D. de Béchillon ; *La semaine juridique* 1992, n°21870, note V. Haïm.

²⁹³¹ Arrêt Compagnie Alitalia précité.

Toutes ces armes mises à la disposition des justiciables contribuent à assurer ce que MM. Galmot et Bonichot ont nommé "l'invocabilité d'exclusion" des directives, qui permet d'obtenir la suppression ou la suspension de tout texte national incompatible avec elles. Pour plus de détails sur cette notion, et en particulier pour la différence entre invocabilité d'exclusion et invocabilité de substitution, voir leur article, *Revue française de droit administratif* 1988, art. cit., pp.2 s.).

²⁹³² La principale critique semble résider dans le fait que l'acte individuel, porteur d'une norme purement étatique, ne saurait s'opposer à la norme européenne, par nature supérieure, contenue dans la directive. Voir en ce sens D. de Béchillon, "L'applicabilité des directives communautaires dans la jurisprudence du Conseil d'État", *Revue du droit public* 1991, pp.759 s., et plus particulièrement pp. 776 s.

²⁹³³ C.E., Ass., 22/12/1978, Cohn-Bendit, p.524 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1979, n°3, p.27, chronique O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau ; *Dalloz* 1979, p.155, conclusions B. Genevois, note B. Pacteau ; *Dalloz* 1979, I.R., p.89, observations P. Delvolvé ; *Gazette du Palais* 1979, p.212, note D. Ruzié ; *La semaine juridique* 1979, n°19158, note R. Kovar ; *La Revue administrative* 1979, p.630, note J.-Y. Vincent ; *Revue critique de droit international privé* 1979, p.649, note A. Lyon-Caen ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1979, p.157, note L. Dubouis.

Le Conseil d'État se démarquait ainsi des analyses de la C.J.C.E. relativement à certaines directives "inconditionnelles et suffisamment précises" qui seraient, selon elle, directement invocables par les particuliers (sur cette question, voir en particulier J. Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, n°393 s.).

Pour compléter ce tour d'horizon de l'invocabilité des directives à l'égard de décisions individuelles, on doit souligner -mais cela paraît bien normal- que l'administration ne saurait opposer à un particulier les dispositions d'une directive qu'elle n'a pas jugé bon de transposer dans l'ordre interne (C.E., S., 23/06/1995, S.A. Lilly France, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.496, chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *Revue française de droit administratif* 1995, p.1037, conclusions C. Maugué).

²⁹³⁴ Bien que sa portée doive aujourd'hui être largement relativisée, on ne saurait en effet aller jusqu'à prétendre que la jurisprudence Cohn-Bendit est "sans effet pratique réel" (Y. Galmot et J.-C. Bonichot, "La Cour de justice des communautés européennes et la transposition des directives en droit national", *Revue française de droit administratif* 1988, p.6). Des auteurs ont montré quelles incidences néfastes elle pouvait encore produire, notamment dans le domaine fiscal (Cf. en particulier J. Turot, "Défaut de transposition d'une directive communautaire. Le choix des armes : la pique ou la masse ? 1ère Partie : Les anges morts de l'exception d'illégalité", *Revue de jurisprudence fiscale* 1992, p.863 ; et V. Haïm, "La jurisprudence sur les directives communautaires. La nécessité d'une évolution, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.274).

hostilité du Conseil d'État envers la suprématie du droit communautaire, ne semble pas devoir être abandonné de si tôt²⁹³⁵, s'il l'est un jour²⁹³⁶. Il confère à n'en pas douter une place déterminante au mécanisme de l'exception d'illégalité puisque, afin d'obvier à l'irrecevabilité issue de l'arrêt *Cohn-Bendit*, l'administré doit, quand cela s'avère matériellement possible²⁹³⁷, obligatoirement passer par la contestation incidente de la régularité, au regard des objectifs de la directive en cause, du règlement qui a servi de base à la décision individuelle qu'il attaque au principal²⁹³⁸.

2 - Le deuxième cas de figure dans lequel le mécanisme de l'exception acquiert une importance fondamentale intéresse les actes réglementaires qui préexistaient à l'édiction de la directive et se révèlent incompatibles avec les objectifs posés par elle. L'arrêt *Alitalia* a reconnu, nous l'avons rappelé, que l'intervention d'une directive communautaire constituait un changement de droit susceptible d'affecter la légalité des actes nationaux antérieurs²⁹³⁹. Une fois écoulé le délai de transposition²⁹⁴⁰, pareille irrégularité pourra être constatée par le juge administratif, et, à cette fin, l'exception d'illégalité se révèle une voie de droit indispensable. Après avoir prouvé qu'y

²⁹³⁵ Elle a été en effet récemment confirmée par la Haute juridiction (Cf. 14/12/1992, Commune de Frichemesnil, *Revue française de droit administratif* 1993, p.293 ; et C.E., 23/07/1993, Compagnie générale des eaux, p.225 ; Dalloz 1993, I.R., p.221 ; *Revue française de droit administratif* 1994, p.252, note Ph. Terneyre), ce qui fait dire à V. Haïm qu'"il ne paraît pas raisonnablement possible d'annoncer un revirement jurisprudentiel" (art. cit. *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.277).

²⁹³⁶ Ce qui est loin d'être sûr, dans la mesure où le Conseil d'État se montre ainsi plus fidèle à lettre du Traité de Rome sur l'applicabilité des directives que ne l'est la C.J.C.E. (Cf. en ce sens R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°139).

²⁹³⁷ C'est justement là que le bât blesse dans la mesure où "lorsqu'une disposition d'une directive n'est ni transposée, ni contredite en droit interne, lorsqu'elle ne se heurte à aucun texte de droit français, l'exception d'illégalité est inefficace faute d'aspérité juridique à laquelle elle pourrait s'accrocher. (...) Dans ce cas, le recours en responsabilité est seul éventuellement efficace" (J. Turot art. cit., p.867) "De sorte que, poursuit D. de Béchillon, la protection des directives mal transposées se retrouve ainsi mieux assurée que celle des directives non transposées. Dans ce second cas, l'interposition d'un acte réglementaire illicite sera en effet beaucoup moins fréquente, et le jeu efficace de l'exception d'illégalité sera réduit d'autant" (note sous l'arrêt Palazzi précitée, p.37).

²⁹³⁸ Cf. notamment la jurisprudence Palazzi précitée.

²⁹³⁹ Du moment qu'on admet la supériorité des directives communautaires sur les textes de droit interne, cette construction va de soi : comme un texte national nouveau, une norme internationale peut parfaitement constituer une circonstance de droit nouvelle (voir notamment sur ce point Y. Petit, *Revue du droit public* 1993, art. cit., pp.1313 s.). Cette logique semble d'ailleurs s'appliquer également aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (Cf. R. Abraham, "L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative", *Revue universelle des Droits de l'Homme* 1991, pp.275 s. et plus particulièrement pp.277/278), voire aux principes généraux du droit international, en vertu du préambule de la Constitution de 1946. Sur ce dernier point, voir notamment G. Teboul, "Le droit international non écrit devant le juge administratif, quelques réflexions", *Revue générale de droit international public* 1991, p.367 : "(...) lorsque la règle de droit international non écrit est postérieure à l'acte administratif, ce dernier peut devenir illégal et c'est à un changement dans les circonstances de droit que l'administration se trouve confrontée : il lui appartient alors d'adapter sa réglementation conformément au régime jurisprudentiel résultant des arrêts Despujol et Compagnie Alitalia".

²⁹⁴⁰ C.J.C.E. et Conseil d'État sont d'accord sur le fait que l'expiration du délai de transposition doit être retenue pour constituer le moment à partir duquel le pouvoir réglementaire est contraint de respecter la directive communautaire (Cf. note L. Dubouis sous l'arrêt *Alitalia* précitée, p.417). Cette règle n'en pose pas moins un problème qui a été mis en exergue par D. de Béchillon (*Revue du droit public* 1991, art. cit., pp. 780 s.) : peut-on estimer le pouvoir réglementaire habilité à prendre un texte incompatible avec les objectifs d'une directive entre le moment où celle-ci a été édictée et la date limite de transposition qu'elle a fixée ? Si la permission semble en être ouverte, on voit mal quel intérêt cela présenterait pour les pouvoirs publics, qui se verraient obligés, à l'expiration du délai de transposition, de faire subir à ces règlements le même sort que celui réservé aux textes antérieurs à l'intervention de la directive et en contradiction avec elle. Le Conseil d'État a d'ailleurs accepté de contrôler la compatibilité de ces règlements pris entre l'édiction de la directive et l'expiration du délai de transposition avec les objectifs de celle-ci (C.E., S., 10/07/1995, Société T.F.I, req. n°141726, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.637, conclusions H. Toutée).

recourir est bien possible malgré l'absence de jurisprudence l'affirmant expressément²⁹⁴¹, il conviendra de montrer en quoi le biais de l'exception revêt ici cette importance théoriquement fondamentale.

a) Peut-on soulever incidemment l'irrégularité d'un règlement national résultant de l'édition d'une directive postérieure incompatible ? La plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question ont répondu par l'affirmative à cette interrogation en mettant simplement en avant la jurisprudence *Ah Won et Butin* précédemment étudiée²⁹⁴². Ce problème semble toutefois nécessiter de plus amples développements. En effet, commentant ces derniers arrêts, certains ont pensé que, pour éviter de se laisser entraîner sur le terrain glissant de l'opportunité, la solution consacrée par le Conseil d'État ne concernerait "que les changements de circonstances vraiment manifestes"²⁹⁴³. En suivant l'avis ainsi émis, on pourrait être tenté de croire que la logique des arrêts *Ah Won et Butin* ne trouve à s'appliquer qu'en matière de strict contrôle de conformité, ce qui exclurait naturellement celui de simple compatibilité. Mais raisonner de la sorte équivaut à se méprendre sur la différence qui sépare les deux contrôles évoqués. Certes, l'appréciation de la compatibilité paraît de prime abord plus élastique que celle de la conformité, la jurisprudence admettant que l'administration puisse, dans une certaine mesure, se démarquer valablement de la règle de droit avec laquelle sa décision doit être simplement compatible²⁹⁴⁴. Mais nombreux en doctrine sont ceux qui estiment que cette différence tient plus à la "substance" de la norme à laquelle ne doit pas contrevenir l'acte inférieur qu'à la nature même du lien unissant les deux actes²⁹⁴⁵ : c'est le degré de précision de la norme de référence qui induit tantôt la conformité de la décision inférieure (s'il est élevé), tantôt la simple compatibilité (s'il est faible). Le rapport existant entre les deux actes resterait au contraire invariable, la norme inférieure devant toujours se soumettre à la règle supérieure²⁹⁴⁶. Aussi ne s'étonnera-t-on pas de l'extension des principes de la jurisprudence *Ah Won et Butin* au simple rapport de compatibilité réalisée en matière d'urbanisme. Le Conseil d'État accepte ici de contrôler par voie d'exception l'illégalité d'un règlement issue de son incompatibilité avec une situation nouvelle. Un arrêt²⁹⁴⁷ a en effet permis l'invocation, à l'appui de conclusions dirigées contre le rejet préfectoral d'une demande d'autorisation d'exploitation de carrière, de l'incompatibilité de l'interdiction d'ouverture de toute nouvelle carrière dans les zones naturelles d'une commune, prévue au plan d'occupation des sols rendu public, avec les prévisions d'un schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme approuvé postérieurement. Voici donc un changement de circonstances lié à l'intervention d'une norme floue par hypothèse, dont il

²⁹⁴¹ L'arrêt Palazzi précité concernait en effet une exception d'illégalité visant un règlement édicté après l'expiration du délai de transposition de la directive.

²⁹⁴² Voir en particulier, outre les conclusions Chahid-Nouraï sur l'arrêt Alitalia précitées, les note J. Vergés et J. Tuot sur cette même décision (note précitées). Voir également D. de Béchillon, *art. cit.* p.773.

²⁹⁴³ J. Barthélémy, note précitée.

Il est vrai qu'en l'espèce, le changement juridique mis en avant dans l'arrêt *Ah Won* (Constitution de 1946) s'accompagnait d'une évolution sensible des mentalités qui interdisait désormais toute discrimination du fait de la condition sociale de chacun.

²⁹⁴⁴ C.E., 22/02/1974, Adam et autres ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1974, p.272, chronique MM. Franc et Boyon ; *Revue du droit public* 1974, p.1780, note M. Waline ; *Revue du droit public* 1975, p.485, conclusions M. Gentot.

²⁹⁴⁵ Sur ce point, voir notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, n°1031 et n°1094.

²⁹⁴⁶ Ainsi par exemple, du fait de sa nature particulière (données souvent indicatives), un schéma directeur n'impose pas de normes suffisamment précises pour engendrer un rapport de stricte conformité : le juge, s'il permet à l'administration d'en "mettre en œuvre" le contenu, s'opposerait en revanche à une "mise en cause" de celui-ci (Cf. J.-P. Lebreton, "La compatibilité en droit de l'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.494).

²⁹⁴⁷ C.E., 30/11/1983, *Ministre de l'industrie c/ Société exploitation des Sablières modernes*, p.830.

revient au juge de déterminer exactement les contours²⁹⁴⁸, qui donne prise à un contrôle par voie d'exception des dispositions réglementaires intervenues antérieurement. Rien ne s'oppose en conséquence à la transposition de cette logique dans le droit des directives communautaires²⁹⁴⁹, même si "la conformité, -dans la jurisprudence du Conseil d'État en matière de droit international- est diluée à l'extrême, et ramenée à une exigence minimale de non-contrariété objective"²⁹⁵⁰.

b) Reste à déterminer pourquoi l'admission de l'exception d'illégalité dans un tel cas de figure revêt une importance réellement capitale. Cela tient en fait à deux éléments. Le premier - et le plus simple à appréhender - résulte de ce que l'emploi du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'acte réglementaire devenu vicié doit être par hypothèse écarté, en raison de l'ancienneté de celui-ci et du caractère définitif qui en résulte immanquablement. L'exception d'illégalité s'avère en conséquence un des deux seuls moyens disponibles - avec le mécanisme de l'abrogation obligatoire inventé par l'arrêt *Despujol* et aménagé par l'arrêt *Alitalia* - pour faire constater l'irrégularité tardive du règlement en cause. Mais, et c'est là le deuxième élément, l'exception constitue une arme indiscutablement plus utilisable que la contrainte à abroger sur recours gracieux en ce sens. Comme il l'a déjà été démontré, les administrés sont le plus souvent portés à contester la régularité d'un règlement lorsqu'une mesure individuelle prise sur sa base les touche directement, ce qui explique le très faible nombre d'applications concrètes de la jurisprudence *Despujol*²⁹⁵¹. Il y a dès lors fort à parier qu'ils n'emprunteront que très rarement le "détour"²⁹⁵² qu'organise la jurisprudence *Alitalia*, et seront plus enclins à soulever incidemment la question de la régularité du règlement devenu irrégulier à l'appui d'un recours dirigé contre l'acte individuel qui leur fait personnellement grief. On pourrait objecter cependant que le passage par la demande d'abrogation s'avère irremplaçable lorsque il ne s'agit plus seulement de s'opposer à l'application d'un règlement désormais incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire, mais plutôt de contraindre l'administration à remplacer son texte obsolète par l'édiction d'un nouvel acte pleinement adapté aux nouvelles exigences de la légalité²⁹⁵³. Mais on peut également penser, avec D. de Béchillon, que l'exception d'illégalité peut elle aussi parfaitement remplir ce rôle, en servant de "révélateur d'une situation devenue

²⁹⁴⁸ "Faute pour les auteurs du schéma d'avoir clairement exprimé -des- orientations, le juge se reconnaît une marge d'appréciation importante pour repérer ces choix et déterminer jusqu'à quel degré de détails le schéma doit être respecté".

J.-P. Lebreton, *art. cit.*, p. 494.

²⁹⁴⁹ Certaines décisions de tribunaux administratifs ont d'ailleurs déjà semblé admettre que le juge, saisi par voie d'exception de la question de la légalité d'un règlement, pouvait intégrer dans son contrôle le moyen tiré de l'entrée en vigueur de telles normes : Cf. en particulier T.A. Strasbourg, 11/06/1987, Land de Sarre, (décision précitée) : recevabilité du moyen faisant valoir, par voie d'exception, que l'intervention de la directive C.E.E. du 15/07/1980 a constitué un changement dans les circonstances de droit, privant de base légale plusieurs actes réglementaires antérieurs relatifs au rejet d'effluents radioactifs ayant fondé les arrêtés attaqués autorisant de tels rejets par le Centre de production nucléaire de Cattenom.

²⁹⁵⁰ D. de Béchillon, *Revue du droit public* 1991, *art. cit.* p.788.

Corroborant cette impression -par l'emploi d'un contrôle de "non incompatibilité manifeste"-, voir C.E., Ass, 21/12/1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, p.368 ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.1065, conclusions B. Stirn ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.91, commentaire C.M., F.D. et Y.A., "Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité".

²⁹⁵¹ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

²⁹⁵² Selon l'expression de J. Vergès, note précitée, *Revue trimestrielle de Droit européen* 1989, p.518. Ce "détour" coûte souvent de surcroît beaucoup de temps à l'administré, pour peu qu'il se heurte à un refus de l'administration et doive déférer celui-ci au juge de l'excès de pouvoir, ce qui constitue un facteur dissuasif supplémentaire pour l'emprunt de cette voie de droit.

²⁹⁵³ Sur ce rôle de "toiletage" de la réglementation en vigueur au moyen de l'arrêt *Alitalia*, voir en particulier J.-C. Bonichot, *Revue française de droit administratif* 1989, *art. cit.* p.598.

incompatible avec le droit communautaire", et en empêchant *de facto* l'administration à mettre en œuvre à l'avenir son ancienne réglementation²⁹⁵⁴.

B. L'insuffisance de l'exploitation de l'exception d'illégalité dans l'état actuel du droit

Venant de démontrer l'importance théorique du mécanisme de l'exception dans l'hypothèse d'un règlement devenu illégal car contrariant les objectifs d'une directive communautaire ultérieure, on ne peut qu'être frappé par l'absence de jurisprudence consacrant ce cas de figure. Cela contredirait-il notre précédente démonstration ? Nous ne le croyons pas. Si aucune exception de ce type n'a encore été soulevée, ce n'est pas du tout en raison d'une éventuelle inutilité de cette voie de droit, mais plutôt par ignorance des requérants de l'incompatibilité du texte qui leur est appliqué avec une norme européenne. On mesure à ce silence jurisprudentiel l'intérêt que présenterait la possibilité, pour le juge saisi d'une exception d'illégalité dirigée contre une mesure réglementaire, de soulever d'office une contrariété avec une disposition communautaire, et en particulier avec les objectifs d'une directive. La Cour de justice des communautés reconnaît aux juridictions nationales le droit de se comporter de la sorte²⁹⁵⁵, et le fait que la question s'intègre apparemment dans la théorie des moyens d'ordre public plaide en faveur d'une pareille attitude. C'était là du moins l'avis de Mme Hagelsteen lorsque le problème se posa pour la première fois au Conseil d'État²⁹⁵⁶: il s'agissait en l'espèce d'un recours formé contre une décision individuelle (réintégration d'un montant de T.V.A. lors d'un redressement fiscal) prise sur la base d'un article réglementaire du Code général des impôts, qui se fondait sur l'illégalité de se dernier, mais s'abstenait de mettre en avant son incompatibilité avec la 6^{ème} directive communautaire relative au droit à déduction de la T.V.A.. Le commissaire du gouvernement estimait que le juge se devait de pallier de lui-même les insuffisances de la requête sur ce point. Mme Hagelsteen s'employait à démontrer en effet qu'on a affaire dans ce type d'hypothèses à un moyen relevant du champ d'application de la loi, moyen que le juge soulève par principe d'office lorsque le justiciable a omis de le faire²⁹⁵⁷. La Haute juridiction n'a manifestement pas souhaité suivre les propositions de son commissaire du gouvernement, l'arrêt rendu ignorant superbement la question de la compatibilité qu'elle lui suggérerait de traiter²⁹⁵⁸. On peut regretter cette timidité, qui prive le mécanisme de l'exception, en matière de contrariété avec une directive, d'une grande part d'efficacité, d'autant que ce choix

²⁹⁵⁴ *Revue du droit public* 1991, art. cit., p.774.

²⁹⁵⁵ C.J.C.E., 11/07/1991, Verholen, Van Wetten, Van Uden et Heiderijk ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1992, p.405, note X. Prétot (points 11 et 16) : "le droit communautaire n'empêche pas une juridiction nationale d'apprécier d'office la conformité d'une réglementation nationale avec les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive dont le délai de transposition est expiré, lorsque le justiciable n'a pas invoqué devant la juridiction le bénéfice de cette directive".

²⁹⁵⁶ C.E., S., 11/01/1991, S.A. Morgane, p.9 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.111, chronique E. Honorat et R. Schwartz ; *Revue de jurisprudence fiscale* 1991, p.83, conclusions M.-D. Hagelsteen.

²⁹⁵⁷ Cette notion de moyen intéressant le champ d'application de la loi s'avère extrêmement obscure, et Mme Hagelsteen a tenté de la clarifier avant d'y rattacher l'hypothèse d'espèce. Elle a notamment essayé de convaincre le Conseil d'État -mais en vain- que l'exception d'illégalité constituait toujours un moyen d'ordre public. Cf. conclusions précitées, pp.84 à 86.

²⁹⁵⁸ Si le silence de la Section du contentieux pouvait à l'époque, comme ont pu le signaler certains commentateurs (Cf. notamment C.M., F.D. et Y.A., *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, art. cit. p.103) laisser planer un doute sur ses réelles intentions (elle aurait pu en effet estimer qu'il n'y avait pas incompatibilité, et donc ne pas soulever d'office ce moyen), celui-ci a été depuis totalement effacé par un arrêt plus explicite (C.E., 28/07/1993, Bach et autres, p.237) : irrecevabilité en cassation d'un moyen fondé sur ce que le règlement argué d'illégalité serait incompatible avec une directive communautaire dans la mesure où ledit moyen n'a pas été soulevé devant les juges du fond).

Voir également le commentaire de MM. C.M., F.D. et Y.A. (même page) pour la question de l'éventuelle transposition de la solution Société Morgane au contrôle de compatibilité de la loi avec une norme internationale.

conduit à une discrimination entre les textes communautaires²⁹⁵⁹ que l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État tend par ailleurs à gommer²⁹⁶⁰. Mais il est vrai que la solution prônée par Mme Hagelsteen avait de quoi inquiéter la Haute juridiction, craignant sans doute de n'avoir pas les moyens suffisants pour confronter systématiquement un règlement incidemment mis en cause avec "la diluvienne production normative communautaire"²⁹⁶¹. La prudence manifestée semble également conforme à la logique qui préside depuis la consécration de la jurisprudence *Alitalia* et qui consiste, dans un double souci de ne pas surcharger à l'excès le travail administratif et juridictionnel, à "faire jouer un rôle d'alerte aux administrés eux-mêmes"²⁹⁶², que ce soit par l'entremise d'une demande d'abrogation ou en soulevant expressément l'incompatibilité d'un règlement avec les objectifs d'une directive.

Le caractère fondamental de l'exception d'illégalité ne se mesure plus simplement à l'énumération des domaines dans lesquels elle s'avère irremplaçable ; il est aujourd'hui reconnu par le Conseil constitutionnel lui-même.

Paragraphe 2. Un rôle consacré au plan constitutionnel

Les précisions récentes apportées par le Conseil constitutionnel en matière de droit au recours juridictionnel ont souligné la fonction considérable du mécanisme de contestation de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception, et mis en garde le législateur contre la tentation d'en limiter abusivement l'ouverture.

I - L'exception contribue à la "garantie des droits" exigée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

A. La valorisation du libellé de l'article 16 par la doctrine

1 - "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". La formule de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est fameuse, mais l'accent fut surtout mis sur l'écho qu'on y trouve des conceptions développées par Montesquieu dans son célèbre ouvrage *L'Esprit des lois*. Depuis quelques années pourtant, un certain nombre d'auteurs - au premier rang desquels on trouve R. Chapus²⁹⁶³ - se sont interrogés sur ce que pouvait recouvrir l'idée de

²⁹⁵⁹ Par une décision du 10/07/1970, la Section du contentieux avait en effet relevé qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de soulever d'office un moyen tiré de la violation des dispositions d'un règlement communautaire (C.E., S., Synacomex, p.477).

²⁹⁶⁰ Cf. notamment la jurisprudence Rothmans International France précitée.

²⁹⁶¹ Selon l'expression de R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°710-2.

Mme Hagelsteen réfutait pourtant à l'avance une telle excuse, au motif que "la familiarité du juge avec -les normes communautaires- s'accroît, et (...) qu'il est chaque jour davantage en mesure d'exercer cette mission".

Cet argument ne vaut pas de surcroît pour des dispositions définitives telles que celles de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'égard desquelles pourtant le Conseil d'État a repris les solutions S.A. Morgane et Bach (Cf. C.E., 16/01/1991, S.A.R.L. "Constructions industrielles pour l'agriculture", req. n°112746 : impossibilité d'arguer pour la première fois devant le juge de cassation que le règlement incidemment contesté violerait l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme).

²⁹⁶² D. De Béchillon, *Revue du droit public* 1991, art. cit. p.774.

²⁹⁶³ Cf. "Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F. 1989, p.181.

"garantie des droits" qui précède l'énoncé du principe de séparation des pouvoirs. Outre la référence faite aux droits énumérés au fil de la Déclaration²⁹⁶⁴, ils ont soutenu que l'expression pouvait parfaitement servir de fondement constitutionnel à la consécration d'un droit au recours juridictionnel, par ailleurs absent du bloc de constitutionnalité²⁹⁶⁵.

2 - Un tel "droit au juge" est primordial dans un État de Droit, puisqu'il permet à tout citoyen de soumettre les agissements de l'administration au contrôle de légalité. Cela apparaît d'autant plus important que la jurisprudence constitutionnelle a eu plusieurs fois l'occasion d'affirmer la valeur constitutionnelle du principe de la légalité, dont le respect, comme celui de chacun des principes et règles de ce rang, s'impose "à tous les organes de l'État"²⁹⁶⁶. La timidité du Conseil constitutionnel en la matière s'avérait dès lors regrettable, même si l'on pouvait considérer que l'essentiel était assuré du fait de la reconnaissance, en 1987, de l'existence de la juridiction administrative et de sa fonction de gardienne de la légalité au travers d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁹⁶⁷. Il semblait en effet souhaitable de compléter ce dernier par une référence directe à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la consécration d'un droit constitutionnel au recours juridictionnel contre un acte administratif, qui prendrait en quelque sorte le relais, à un niveau supérieur, des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État à l'occasion des célèbres arrêts *Dame Lamotte et d'Aillères*²⁹⁶⁸, et autoriserait la censure d'éventuelles dispositions législatives limitant abusivement l'accès au juge administratif.

²⁹⁶⁴ Tels les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme" visés à l'article 2 (liberté, propriété, sûreté et résistance à l'oppression) ou celui de "demander compte à tout agent public de son administration" (article 15).

²⁹⁶⁵ De la même façon, il pourrait semble-t-il fonder le principe du respect des droits de la défense (sur ce point, voir R. Chapus, *art. cit.* pp.205 et 206) ; mais le Conseil constitutionnel préfère se baser, en ce domaine, sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Cf. notamment C.C., décision n° 76-70 D.C. du 2/12/1976, Prévention des accidents du travail, p.39. *Revue du droit public* 1978, p.817, note L. Favoreu).

²⁹⁶⁶ Cf. notamment C.C., décisions n°82-132 D.C. du 16/01/1982 (nationalisations) ; et n°82-137 D.C. du 25/02/1982 (décentralisation), cette dernière faisant référence au "principe de légalité qui exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures du droit". Certains ont regretté à ce propos l'emploi de l'expression "principe de légalité" parce que s'imposant au législateur lui-même (Cf. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°35), comme d'autres avaient déjà critiqué ce vocabulaire en raison de la diversification des règles de droit à respecter (Cf. Ch. Eisenmann, "Le droit administratif et le principe de légalité", *Etudes et documents du Conseil d'État*, n°11, p.25). Mais G. Vedel a eu raison de souligner que "le terme de "légalité", entendu dans son sens le plus large, a pour lui l'ancienneté et il suffit, en l'employant, de savoir de quoi l'on parle".

²⁹⁶⁷ C.C., décision n°86-224 D.C. du 23/01/1987, Conseil de la concurrence, précitée. En effet, comme le relevait B. Genevois dans son commentaire sous cette décision (*Revue française de droit administratif* 1987, p.292) "l'existence même d'une juridiction administrative compétente pour censurer les actes illégaux de la puissance publique constitue une garantie pour la défense des droits et libertés des individus".

²⁹⁶⁸ Qui estimaient respectivement, rappelons-le, que seule une disposition législative expresse pouvait exclure la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif (C.E., Ass., 17/02/1950, Dame Lamotte, arrêt précité) ou la possibilité d'un recours en cassation devant le Conseil d'État de jugements prétendument définitifs (C.E., Ass., 7/02/1947, d'Aillères, p.50 ; *La semaine juridique* 1947, n°3508, note G. Morange ; *Revue du droit public* 1947, p.68, conclusions R. Odent, note M. Waline).

B. L'adhésion progressive du Conseil constitutionnel

1 - Les prémices

A partir de 1986, le Conseil constitutionnel a commencé à faire appel à la notion de "garanties juridictionnelles de droit commun"²⁹⁶⁹, et veillé attentivement à ce que les mesures d'application de certaines lois soumises à son contrôle puissent faire l'objet d'un recours juridictionnel effectif, en particulier devant les juridictions administratives. La préoccupation de protection des droits des étrangers est au cœur de ce mouvement jurisprudentiel, qui prit une ampleur supplémentaire avec la décision *Maîtrise de l'immigration* du 13/08/1993²⁹⁷⁰ dans laquelle ces garanties juridictionnelles sont mentionnées à de nombreuses reprises²⁹⁷¹. A la lecture de cette décision, on partageait "le sentiment que le moment -était- proche où l'existence du contrôle juridictionnel -serait- érigée au rang de principe de valeur constitutionnelle par référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789"²⁹⁷²; le futur immédiat ne devait pas décevoir cette attente.

2 - La confirmation apportée par la décision du 21 janvier 1994

C'est un problème relatif au mécanisme de l'exception d'illégalité en matière d'urbanisme qui a donné au Conseil constitutionnel l'occasion de préciser sa position sur le "droit au recours". Pour bien en saisir la portée, il convient dans un premier temps de présenter les dispositions qui faisaient l'objet de la saisine.

a) Les restrictions au mécanisme de l'exception d'illégalité projetées

En quelques années, le contentieux de l'urbanisme avait connu une telle inflation²⁹⁷³ que le Conseil d'État proposa des mesures pour en assurer la régulation. L'une d'entre elles consistait à "limiter les effets des vices de forme" entachant les documents d'urbanisme, en bridant au besoin la possibilité d'en exciper à l'appui d'un recours contre leurs mesures d'application²⁹⁷⁴. Il apparaissait en effet clairement que les requêtes dirigées contre les autorisations individuelles d'urbanisme se fondaient le plus souvent non sur une illégalité propre à celles-ci, mais sur des irrégularités purement formelles affectant les documents d'urbanisme sur la base desquels elles étaient délivrées²⁹⁷⁵, ce qui n'allait pas sans entraîner de nombreuses difficultés²⁹⁷⁶. A la solution radicale prônée par le Conseil d'État et relayée par le

²⁹⁶⁹ L'expression est apparue avec la décision n°86-216 D.C. du 3/09/1986, *Entrée et séjour des étrangers*, p.135 (considérant n°14) ; voir également la décision du 18/09/1986 *Liberté de communication*, p.141, qui fait mention du "contrôle de légalité" qui pourra être exercé comme condition à la constitutionnalité des dispositions législatives en cause (23^{ème} considérant).

²⁹⁷⁰ Décision n°93-325 D.C. en date des 12/13 août 1993, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n°47.

²⁹⁷¹ Pour le détail de ces références, voir B. Genevois, "Un statut constitutionnel pour les étrangers", *Revue française de droit administratif* 1993, p.882.

²⁹⁷² *Ibid.*

Ce sentiment pouvait d'ailleurs s'attiser à la lecture de la décision n°93-337 du 19/11/1993 relative à la loi organique sur la Cour de Justice de la République qui faisait une nouvelle fois référence à ce "droit au recours".

²⁹⁷³ On comptait en effet 213000 instances fin 1992 contre 3700 en 1986 ! Cf. le Rapport du Conseil d'État *L'Urbanisme : pour un droit plus efficace*, précité.

²⁹⁷⁴ *Ibid.*, p.91.

²⁹⁷⁵ Le Rapport estimait que 60 % des requêtes concernaient les seuls vices de forme.

²⁹⁷⁶ Cf. notamment P. Hocreître, "Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994", *Revue française de droit administratif* 1995, p.7), pour qui "ce procédé est lourd de conséquences : il fragilise, pour des irrégularités souvent vénielles et intervenues des années auparavant, l'équilibre de gestion de l'espace et de protection de

projet de loi initial -qui revenait, en calquant les délais de recevabilité du recours pour excès de pouvoir et d'exception d'illégalité externe, à supprimer de facto le recours à cette dernière²⁹⁷⁷ -, la discussion parlementaire substitua une mesure nettement plus nuancée : quant au délai, tout d'abord, qu'on fit passer de deux à six mois²⁹⁷⁸ ; mais également quant aux vices externes visés par cette limitation, desquels furent soustraites un certain nombre d'irrégularités estimées suffisamment substantielles pour devoir rester perpétuellement sous le coup d'une éventuelle constatation juridictionnelle²⁹⁷⁹.

b) Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel au regard des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789

Saisi par 77 députés de l'opposition, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur le pouvoir du législateur de limiter ainsi les possibilités de faire constater une illégalité par le juge administratif. Des moyens -assez confus, avouons-le- qui sous-tendaient la saisine, on retiendra principalement l'invocation de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Selon les parlementaires socialistes, le législateur aurait méconnu les prescriptions relatives à la "garantie des droits" en restreignant sans raisons valable la faculté de contester la légalité, après six mois, d'un règlement d'urbanisme aux seuls motifs de légalité interne, à deux exceptions près. Un des intérêts majeurs de la décision rendue par le Conseil constitutionnel²⁹⁸⁰ est de répondre explicitement à cette argumentation : dans son quatrième considérant, elle va en effet estimer, après avoir notamment énuméré les précautions prises par le législateur et les justifications d'intérêt général qui motivaient un tel infléchissement du droit de l'urbanisme en ce sens, qu'"il n'est pas porté d'atteinte substantielle au droit des intéressés d'exercer des recours" et "qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme manque en fait". Le juge constitutionnel désigne ici pour la première fois le fondement textuel de ce droit au recours juridictionnel qui affleurerait dans ses décisions antérieures. De surcroît -et c'est essentiel dans notre optique- il rattache à ce "droit au recours" la possibilité, pour un particulier d'exciper de l'illégalité d'un acte administratif, signifiant, au travers du contrôle de fond auquel il se livre, qu'une atteinte législative excessive à cette faculté serait immanquablement censurée sur la base de l'article 16 de la déclaration de 1789.

l'environnement auquel doit normalement aboutir un document d'urbanisme ; il affecte la sécurité juridique des citoyens en ce qui concerne les conditions d'exercice de leur droit de propriété et de l'ensemble des attributs qui lui sont attachés, conformément à l'article L.112-1 du code de l'urbanisme ; il allonge les délais de jugement en posant, compte tenu du caractère ancien des faits évoqués, de délicats problèmes d'instruction des affaires".

²⁹⁷⁷ Voir notamment l'intervention de B. Bosson au Sénat, pour qui cette mesure constituait un "acte de salubrité administrative évident" (J.O. Sénat, séance du 14 octobre 1993, p.3143). Les parlementaires ont craint (avec raison semble-t-il, ainsi que nous le verrons un peu plus loin) qu'une telle limitation ne porte une atteinte disproportionnée aux exigences constitutionnelles de protection de la légalité (Cf. Document Sénat, n°9 du 6 octobre 1993, p.24).

²⁹⁷⁸ La disposition soumise au Conseil constitutionnel projetait en conséquence l'introduction dans le code de l'urbanisme d'un article 600-1 dont le premier alinéa était rédigé en ces termes : "L'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu 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" (à noter que le deuxième alinéa étend cette disposition aux actes prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté).

²⁹⁷⁹ Il s'agit de trois irrégularités limitativement énumérées, à savoir l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs, la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les plans d'occupation des sols et l'absence de rapport de présentation ou des documents graphiques.

²⁹⁸⁰ Décision n°93-335 D.C. du 21/01/1994, J.O. du 26 janvier, p.1382 ; sur cette décision, outre le commentaire de P. Hocreitere précité, voir J. Morand-Deville, "Le Conseil constitutionnel et la "petite" loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme", note précitée.

II - Une limitation trop forte des possibilités d'exception serait censurée par le Conseil constitutionnel

A. La décision du 21 janvier 1994 témoigne de l'importance que revêt, aux yeux des juges constitutionnels, le droit ouvert aux particuliers de poursuivre l'illégalité de l'action administrative. Il est particulièrement intéressant de noter que cette prérogative n'est pas simplement protégée relativement au recours directs dont disposent les administrés à l'encontre d'un acte administratif (à savoir essentiellement la demande d'annulation de la décision viciée) ; pour le Conseil constitutionnel, la possibilité de faire constater l'illégalité d'un acte qui continue à produire ses effets au delà des délais contentieux apparaît tout aussi fondamentale et occupe une place spécifique dans la réponse aux exigences de "garantie des droits" posées l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'argumentation qu'il développe le prouve clairement, dans la mesure où l'une des raisons pour lesquelles il ne censure pas le nouvel article L.600-1 du code de l'urbanisme réside dans le fait que ces dispositions "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 explicites ou implicites"²⁹⁸¹.

B. Que doit-on retenir de la décision du 21 janvier sur le plan de la protection constitutionnelle du mécanisme de l'exception d'illégalité ? Deux choses, semble-t-il :

1 - Tout d'abord un silence. Les saisissants défendaient l'existence d'un prétendu principe constitutionnel, s'appuyant sur une tradition républicaine, selon lequel l'illégalité d'un règlement peut être perpétuellement invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre l'un de ses actes d'application. Le juge constitutionnel n'a pas daigné répondre à cette analyse. Il faut en déduire qu'il est loisible au législateur de déroger cette règle si le besoin s'en fait sentir, chose que l'on pouvait parfaitement inférer de législations antérieures qui avaient déjà procédé à ce genre de restriction²⁹⁸².

2 - Mais s'il lui est permis d'aménager le recours à l'exception d'illégalité, le législateur ne saurait restreindre à l'excès cette faculté sans s'exposer à une censure sur la base de l'article 16 de la Déclaration de 1789. La reprise a contrario du raisonnement tenu par le Conseil nous renseigne sur les prohibitions qui pèsent en la matière sur le Parlement. Pour justifier la disposition législative contestée, la décision du 21 janvier 1994 insiste en premier lieu sur le fait que l'entorse à la faculté de contestation incidente qu'elle organise "est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme", et rappelle les considérations de sécurité juridique qui ont conduit à l'adoption d'une telle solution en la matière (inflation des contestations de la légalité externe des documents visés ; instabilité résultant d'une telle situation). Une contagion immodérée de la restriction prévue par la loi Bosson à des domaines qui ne pourraient se

²⁹⁸¹ On pourrait s'étonner de cette référence à l'obligation d'abrogation en matière de P.O.S., puisqu'on sait qu'ici l'article L.123-4-1 du code de l'urbanisme s'oppose à une telle pratique. Il semble en fait que le Conseil constitutionnel évoque plutôt dans ce domaine une obligation de mise en œuvre des procédures de modification ou de révision, seules à même de rectifier l'illégalité dénoncée (voir en ce sens B. Phémolant, "Quelles nouvelles dispositions en matière d'urbanisme et de construction ?", *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, mars 1994, p.4, note 3).

²⁹⁸² P. Hocreitère (*art. cit.* p.11) cite notamment à ce propos l'article L.300-2 du code de l'urbanisme introduit par la loi n°85-729 du 18 juillet 1985 prévoyant que les vices affectant la concertation exigée notamment dans le cadre des créations de Z.A.C. sont sans incidence sur la légalité des autorisations ultérieures d'occuper et d'utiliser le sol, disposition qui n'avait pas été censurée, à l'époque, par le Conseil constitutionnel (décision n°85-289 D.C. du 17/07/1985).

prévaloir de tels impératifs est donc par hypothèse exclue. En outre, le Conseil constitutionnel met en exergue que les vices les plus graves pouvant affecter les documents d'urbanisme ne sont pas couverts par la disposition litigieuse (irrégularités de fond et irrégularités externes considérées comme substantielles), et que, pour les autres, un délai de six mois de recevabilité est maintenu. On peut donc supputer qu'une limitation inconditionnée de la possibilité d'exciper de l'illégalité d'un règlement administratif définitif encourrait les foudres du contrôle de constitutionnalité.

L'importance du rôle du mécanisme de l'exception -née de la conjugaison du contrôle spécifique de légalité qu'elle autorise²⁹⁸³ et de la place qui lui est faite dans l'exigence constitutionnelle de "garantie des droits"- contraste nettement avec les nombreuses limites pratiques qui circonscrivent, parfois à outrance, les effets de la déclaration d'illégalité pratiquée dans son cadre.

SECTION 2. LE DEFICIT DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE

Le procédé de l'exception complète opportunément l'arsenal des armes mises à disposition de l'administré pour combattre l'irrégularité de l'action administrative. On peut dès lors s'étonner des multiples restrictions dont l'entoure la pratique contentieuse. Non que certaines d'entre elles ne soient pleinement justifiées : le principe de légalité, on le sait, n'est pas un principe absolu, et le Conseil constitutionnel lui-même, au travers de sa décision du 21 janvier 1994, a souligné que des considérations de sécurité juridique pouvaient naturellement le concurrencer. Mais toute la question est de savoir si cet impératif légitime est toujours à la base des barrières qui encadrent les effets de la voie de droit étudiée. L'article L.600-1 du code d'urbanisme avalisé par le juge constitutionnel et aujourd'hui en vigueur²⁹⁸⁴ pose déjà problème à cet égard. S'il répond en effet à d'évidentes préoccupations de rationalisation, d'assainissement et d'apaisement du contentieux de l'urbanisme²⁹⁸⁵, on peut en effet légitimement se demander - outre la question des incidences bénéfiques qu'une telle mesure peut produire sur l'inflation des litiges en ce domaine²⁹⁸⁶ - si la restriction ainsi apportée aux garanties des intéressés n'est pas

²⁹⁸³ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs pris en considération ce rôle spécifique de la déclaration d'illégalité dans une décision récente, relative au projet de loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (décision n°94-358 DC du 26/01/1995, J.O. du 1er février, p.1706). Les saisissants contestaient l'introduction d'une nouvelle catégorie de norme (les directives territoriales d'aménagement ou D.T.A.) qui, selon eux, aurait permis au pouvoir réglementaire de déroger -en violation des articles 34 et 37 de la Constitution- aux lois d'aménagement et d'urbanisme. Le Conseil ne va pas suivre leur raisonnement au motif que les mesures contestées "ne mettent pas en elles-mêmes en cause la possibilité pour tout intéressé de faire prévaloir, le cas échéant, par le moyen de l'exception d'illégalité, des dispositions législatives sur des documents ayant valeur réglementaire" (4^{ème} considérant).

²⁹⁸⁴ Sur le problème de l'effet de cet article sur les instances en cours, voir les conclusions S. Lavignes sur C.E., S., 5/05/1995, Société Coopérative maritime Bidassoa et autres, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.463.

²⁹⁸⁵ Voir notamment sur ce point l'intervention de D. Labetoulle, dans le débat "Les enjeux de droit de l'urbanisme", *Actualité juridique, Droit administratif* mai 1993, n° spécial "Droit de l'urbanisme : bilan et perspectives", p.16.

²⁹⁸⁶ Sur ce point, voir notamment B. Lamorlette, « La loi Bosson du 9 février 1994 », *Les petites affiches* 6 mai 1994, n° 54, p. 15 : « les effets anti-contentieux de cet article ne seront pas aisément visibles. On peut craindre que certains opposants attaquent désormais toute élaboration ou toute rescision de documents d'urbanisme (...) de peut être ultérieurement privés d'arguments juridiques de forme ».

Voir également J. Morand Deviller (*Revue de droit immobilier* 1995, note précitée) qui doute pour sa part que cette mesure puisse engendrer un ralentissement signification du flux du contentieux de l'urbanisme ; et R. Chapus (*Droit du contentieux administratif*, n° 589-2, qui craint que le contentieux ne manquera pas de

largement excessive²⁹⁸⁷. Mais bien d'autres règles engendrent des interrogations similaires. Bien qu'elles se recoupent partiellement, nous séparerons les carences enregistrées dans les obligations de l'administration de celle qui déprécie l'influence de l'exception sur le travail juridictionnel.

Paragraphe 1. Carence des incidences sur les juridictions

Le Conseil d'État, en dépit de son isolement sur ce point, est resté fidèle à la vision classique qui assigne un simple effet relatif aux déclarations d'illégalité qui ne débouchent pas sur l'annulation de l'acte concerné²⁹⁸⁸. Un tel entêtement se comprend mal de la part de la Haute juridiction, dans la double mesure où - mis à part les inconvénients pratiques qu'il est susceptible d'engendrer²⁹⁸⁹ - il repose sur une confusion évidente et constitue une aberration juridique.

I - L'état du droit repose sur une confusion évidente

A. L'erreur sur laquelle s'appuie le droit positif tient essentiellement à la liaison classiquement pratiquée entre survivance de l'acte déclaré illégal et autorité relative de chose jugée.

* On en trouve déjà des traces dans l'affaire *Abbé Gautrand*²⁹⁹⁰, puisque le rapporteur Bourdon, qui concluait - à l'opposé de ce qu'allait décider la Cour de Cassation - pour l'application des principes traditionnels en l'espèce, étayait son opinion par l'idée que l'arrêté municipal en cause n'avait "pas cessé d'être en vigueur" malgré la constatation de son illégalité par le Conseil d'État à l'occasion d'un recours antérieur²⁹⁹¹. D'autres décisions s'en font ensuite l'écho, comme cet arrêt de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de Cassation en date du 15 janvier 1975²⁹⁹² où la juridiction suprême de l'ordre judiciaire insiste sur le fait que le règlement en cause reconnu irrégulier par le Conseil d'État dans une procédure à laquelle le requérant était

provoquer les trois cas de légalité externe réservés par le législateur ne compense, en volume, les effets attendus de la limitation à six mois de la recevabilité de l'exception d'illégalité dans les autres cas.

²⁹⁸⁷ C'est en particulier l'opinion de M. Ricard (" Les vices de formes et l'État de Droit ", *Etudes foncières*, n°62, mars 1994, p. 10) : "selon cet auteur, sous le couvert d'une « réformette », cette mesure bafoue l'une des garanties fondamentales des libertés publiques, à savoir le droit d'exercer les voies de recours contre les actes des autorités administratives et introduit le cheval de Troie dans notre État de droit". Des multiples exemples qu'il cite pour étayer sa vision, nous retiendrons celui de l'administré qui, vivant dans une commune voisine lors de l'élaboration du P.O.S. litigieux et n'ayant alors aucun intérêt à agir, ne pourra soulever, lorsque, ayant déménagé, il sera confronté à ses prescriptions, l'illégalité de son élaboration.

Cf. dans le même sens D. Gillig, "La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires", *Les petites affiches*, 31 août 1994, n°104, p.7 pour qui "l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme (...) risque d'encourager l'administration à s'affranchir du respect des règles formelles et procédurales gouvernant l'élaboration et la révision des principaux documents d'urbanisme".

Voir cependant contra J.-B. Auby, "Petite loi d'urbanisme. Beaucoup de bruit sans raison", *Etudes foncières* 1994, art. cit. dont le "sentiment est en vérité que la loi du 9 février ne va pas suffisamment loin dans l'effort pour enrayer la dérive contentieuse", l'auteur proposant une irrecevabilité plus étendue de l'exception soulevée à l'appui d'un recours contre les autorisations d'urbanisme.

²⁹⁸⁸ Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

²⁹⁸⁹ Ces inconvénients ont été étudiés afin d'expliquer la position adoptée par le juge judiciaire (*ibid.*).

²⁹⁹⁰ Cass. Crim., 4/12/1930, arrêt précité.

²⁹⁹¹ Rapport précité, p.36.

²⁹⁹² *Dalloz* 1975, Jurisp. p.671, note R. Drago.

étranger "n'avait été ni annulé, ni abrogé" pour démontrer que la Cour d'appel n'était pas liée par cette appréciation.

* Ce point de vue a en outre été adopté par divers membres de la doctrine, et notamment par M. G. Delvolvé²⁹⁹³ qui explique que, si les arrêts qui se bornent à déclarer l'illégalité d'un acte ne sont revêtus que d'une simple autorité de chose jugée, c'est parce que, à l'instar des décisions de rejet, ils "laissent les choses en état et n'entraînent pas ce bouleversement que provoque l'annulation"²⁹⁹⁴.

2 - L'assimilation entre effet relatif de chose jugée et permanence du règlement reconnu illégal s'avère cependant plus que contestable, comme nous le révèle l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. Cette juridiction connaît en effet non seulement des recours en annulation formés contre les actes des institutions communautaires²⁹⁹⁵, mais également des questions préjudicielles posées par des juridictions nationales et tendant soit à interpréter un texte européen, soit à en apprécier la régularité²⁹⁹⁶. Dans le cadre de cette dernière compétence, elle est amenée à se prononcer dans des conditions assimilables à celles qui conduisent le juge administratif français - par voie d'action ou d'exception²⁹⁹⁷ - à contrôler la légalité d'un texte pourtant définitif. Rien d'étonnant dès lors à ce que, dans un premier mouvement jurisprudentiel, la Cour de justice ait conféré à sa constatation d'illégalité l'effet relatif traditionnellement consacré²⁹⁹⁸. Mais contrairement au Conseil d'État français, la juridiction européenne a su faire évoluer sa position : l'arrêt *International Chemical Corporation* en date du 13 mai 1981²⁹⁹⁹, a en effet estimé qu'un jugement "constatant en vertu de l'article 177 du Traité, l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la commission, 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..."³⁰⁰⁰. Cet attendu prend tout son relief lorsque l'on apprend que, pour la Cour de justice, un règlement qu'elle se contente de déclarer illégal sur renvoi préjudiciel ne disparaît pas, de ce simple fait, de l'ordonnancement juridique communautaire ; il y subsistera - bien que désormais inapplicable - jusqu'à ce que l'autorité

²⁹⁹³ Répertoire Dalloz, *Contentieux administratif*, art. cit., n° 67 s.

²⁹⁹⁴ Voir dans le même sens J.-M. Auby, *Actualité juridique, Droit administratif* 1984, art. cit. p.136 : "le juge n'est pas lié par la déclaration d'illégalité antérieure tant que la jurisprudence n'aura pas expressément admis que le règlement illégal ne figure plus dans l'ordonnancement juridique".

²⁹⁹⁵ En vertu des articles 173 et 174 du Traité de Rome.

²⁹⁹⁶ Article 177 du même Traité. A noter que cette exception remonte même à une période antérieure à la signature du Traité de Rome, puisque la première affaire date de 1956 (Meroni et Cie) : Cf. note Y.L. sous C.J.C.E. 15/10/1980, Roquette, *Dalloz* 1981, p.165.

²⁹⁹⁷ Voir *supra*, Introduction.

²⁹⁹⁸ Cf. en ce sens P. Dubois, "L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés Européennes", *Cahiers de Droit européen* 1978, art. cit. p.438. L'auteur cite à ce propos plusieurs arrêts du 21/02/1974 dans lesquels la Cour affirme que des déclarations d'illégalité antérieures n'avaient autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties en cause à cette époque. Pour expliquer cette solution, l'avocat général invoquait "l'impossibilité de tirer d'une constatation incidente d'illégalité d'un règlement un effet général qui finirait par aboutir à des résultats analogues à ceux de l'annulation *ex tunc* de cet acte. Sans quoi la limite d'ordre public constituée en général par des délais de procédure péremptoires se trouverait compromise, au préjudice du principe de la sécurité des rapports juridiques" (*ibid.*).

²⁹⁹⁹ Recueil des décisions de la C.J.C.E., p.1191 (arrêt n°66 /80) ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1982, p.562.

³⁰⁰⁰ Elle répondait ainsi à une question du tribunal civil de Rome formulée à l'occasion d'un litige où la société requérante invoquait une déclaration d'invalidité antérieure d'un règlement du Conseil ; le juge italien demandait en substance à la Cour s'il pouvait directement se fonder sur cette déclaration d'invalidité, ou s'il devait solliciter à nouveau l'avis de la Cour.

compétente lui substitue des mesures régulières³⁰⁰¹. Il apparaît ainsi que, 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. Aucune incompatibilité n'existe entre ces deux types d'incidences dans la mesure où, comme l'a fait remarquer M. Mertens de Wilmars, il convient de n'en pas confondre les destinataires : la suppression de l'acte intéresse l'ordre juridique, la déclaration d'illégalité les juges qui seraient amenés à appliquer l'acte qui en fait l'objet³⁰⁰². Si la position de la C.J.C.E. peut s'expliquer à la lumière de facteurs spécifiques au droit communautaire³⁰⁰³, elle n'en fournit pas moins la preuve irréfutable que "la relativité n'est pas le contre-pied nécessaire de la théorie absolutiste"³⁰⁰⁴ et qu'une voie intermédiaire entre les conséquences drastiques assignées à l'annulation et la pauvreté actuelle de celles de la déclaration d'illégalité semble parfaitement praticable.

³⁰⁰¹ Cf. C.J.C.E., 19/10/1977, Moulins de Pont-à-Mousson (affaires 124/76 et 20/77), Rec. p.1795 : "l'illégalité ne saurait être effacée du seul fait que la Cour, dans le cadre d'une procédure en vertu de l'article 177, prononcerait l'invalidité en partie ou en totalité de la disposition litigieuse". Comme le souligne C. Megret, cela revient à "admettre implicitement qu'un acte invalide demeure dans la légalité interne : s'il n'en était pas ainsi, la déclaration d'invalidité du règlement du Conseil aurait pour effet de redonner vie au -règlement antérieur- et l'illégalité serait dès lors supprimée" ("La portée juridique et les effets de droits de la déclaration d'invalidité d'un acte communautaire prononcée par la C.J.C.E. dans le cadre de la procédure instituée par l'article 177 du Traité C.E.E.", in *Mélanges Teitgen*, p.311).

On peut relever à ce propos avec un certain étonnement que le Conseil d'État ne partage pas l'analyse de la C.J.C.E. et décide, à l'inverse de sa jurisprudence traditionnelle en droit interne, que la déclaration d'invalidité opérée par la Cour a pour effet de faire chuter le règlement en cause et de redonner vigueur aux dispositions qu'il avait abrogées (C.E., S., 9/05/1980, O.N.I.C. p.220 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.535, conclusions B. Genevois, note C. Jordan ; *Dalloz* 1980, p.462, note J.-Y. Plouvin ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1980, p.578, conclusions et note M.-A. F.). Mais il faut sans doute replacer cette solution "dans le contexte, qui fut parfois difficile, des relations entre le Conseil d'État et la C.J.C.E" (Cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°896-1).

³⁰⁰² "Alors qu'un arrêt d'annulation étend ses effets au règlement annulé lui-même en l'anéantissant, c'est-à-dire en l'éliminant de l'ordre juridique, l'arrêt de déclaration d'invalidité étend ses effets aux juridictions pour le cas où elles seraient invitées à appliquer ledit règlement" ("Annulation et appréciation de validité dans le traité C.E.E. : Convergence ou divergence ?" in *Mélanges Kutscher*, p.299).

³⁰⁰³ Il s'agissait notamment, comme l'indique expressément le libellé de l'arrêt International Chemical Corporation, d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales (Attendu n°11). A cet effet, on peut penser que la Cour a entendu conférer une certaine unité aux recours préjudiciels de l'article 177 : dans la mesure où elle avait déjà reconnu qu'une interprétation qu'elle donne d'un texte communautaire peut valoir pour toutes les affaires ultérieures, elle a décidé de même pour la déclaration d'invalidité (Cf. notamment en ce sens H. Labayle, "La Cour de justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité", *Revue trimestrielle de Droit européen* 1982, p.484 ; et pour une application relativement récente, C.E., 20/01/1988, Aubin, p.19 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.418, observations X. Prétot ; *La semaine juridique* 1988, n°21169, note F. Moderne). Cette similitude entre les deux recours va même très loin puisque, dans les deux cas, le juge national est cependant autorisé à saisir à nouveau la Cour s'il l'estime nécessaire afin qu'elle reconsidère éventuellement sa position originelle (pour l'interprétation, voir en particulier C.J.C.E., 27/03/1963, Da Costa (affaires 28 à 30/62), rec. p.59, conclusions Lagrange ; et pour la déclaration d'irrégularité, voir l'attendu 14 de l'arrêt International Chemical Corporation, qui précise qu'"un tel intérêt pourrait notamment exister s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie").

³⁰⁰⁴ L. Plouvier, "Les décisions de la Cour de justice et leurs effets juridiques", p.260, citée par H. Labayle, *art. cit.* p.501, note 95.

II - L'état du droit constitue une aberration juridique

A. Une simple déclaration d'illégalité mérite incontestablement qu'on lui attribue un effet qui dépasse le strict cadre du litige qui l'a suscitée, et ce quelle que soit la matière concernée³⁰⁰⁵. Dans la mesure où "il n'existe en effet entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en appréciation de validité qu'une simple différence de procédure", il est bien évident "que les décisions rendues sur l'un et sur l'autre ont le même fondement"³⁰⁰⁶, à savoir la vérification de l'adéquation entre un texte donné et le bloc de légalité³⁰⁰⁷. C'est pourquoi, comme l'écrit à juste titre R. Chapus³⁰⁰⁸, "ce qui importe quant à la détermination de l'autorité de jugement n'est pas de savoir si une annulation a été ou non prononcée. Ce qui compte est qu'une décision ait été reconnue comme illégale". Est ainsi stigmatisé le caractère parfaitement artificiel de la distinction traditionnelle : les recours en annulation sont de la même nature que ceux qui postulent une pure appréciation de validité, dans la mesure où ils posent tous deux, exclusivement, une question de droit objectif au juge³⁰⁰⁹. Lorsque ce dernier y répond par la négative au travers d'une décision de justice définitive, il est normal que ce point de vue s'impose uniformément à tous, et pas seulement aux parties au litige qui a conduit à cette constatation, du moins quand cette appréciation n'est pas susceptible d'infirmité par une juridiction supérieure³⁰¹⁰. L'inverse conduit indiscutablement à "une surestimation de l'importance du prononcé d'une annulation"³⁰¹¹.

³⁰⁰⁵ D'anciens auteurs considéraient au contraire qu'un tel effet ne se concevait qu'en matière pénale. Voir en particulier Appleton qui, à l'occasion de l'affaire Abbé Gautrand, avait tenté de justifier la solution dans ce domaine particulier en différenciant nettement les recours préjudiciels en interprétation et en appréciation de validité. Il démontrait en effet que le premier s'analysait comme "un litige entre parties privées" -ce qui expliquait l'effet relatif qui lui était dévolu-, alors que le second, lorsqu'il s'envisageait en matière pénale, associait le ministère public aux débats et justifiait que la déclaration d'illégalité dépasse le cadre strict du contentieux qui l'avait suscitée pour produire des effets équivalents à ceux d'une annulation pour excès de pouvoir (note *Dalloz* 1931, précitée, p.35).

³⁰⁰⁶ Note B.D., *Gazette du Palais* 1966, précitée, p.366.

³⁰⁰⁷ Voir dans le même sens, note R. Drago précitée, p.672.

³⁰⁰⁸ *Droit du Contentieux administratif*, n°883-1°.

³⁰⁰⁹ Pour illustrer cette idée d'unicité du travail juridictionnel du juge de la légalité, on peut se reporter à l'article d'H. Labayle précité, p.501 : "Le juge, en un premier temps et face à une illégalité, se borne à la constater. Il peut ensuite refuser de l'appliquer au cas d'espèce, enfin la faire disparaître de l'ordonnancement juridique ou parfois, en réparer les conséquences. Si l'action du juge, dans le cadre du recours en annulation va jusqu'au troisième stade, il s'en tient aux deux premiers dans le cas de l'appréciation de validité". Cette présentation permet de bien appréhender le tronc commun qui unit les contrôles de légalité.

³⁰¹⁰ Les déclarations d'illégalité qui méritent donc de recevoir un effet absolu sont principalement celles qu'est amené à effectuer le Conseil d'État, et à un moindre titre (car elles demeurent soumises à une éventuelle censure en cassation) celles des Cours administratives d'appel. Pour celles opérées par les tribunaux administratifs, on pourrait en effet miser sur une analyse différente pratiquée par un juge de même ressort ou d'un ressort plus élevé. Parallèlement, on ne saurait conférer un effet absolu aux constatations incidentes d'illégalités émanant de juridictions administratives spéciales dans la mesure où celles-ci ne pourraient connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision qu'elles écartent et ne sont donc pas habilitées à émettre une sentence définitive sur sa régularité (voir en ce sens R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°883-1 ; et B. Seiller, *op. cit.* p.747 s.).

En résumé, dès lors qu'il s'agit d'un avis donné par une Cour administrative d'appel ou par le Conseil d'État, l'illégalité doit être considérée comme établie une fois pour toutes. Elle ne saurait, une fois constatée, être confirmée ou infirmée en fonction des circonstances de telle ou telle espèce. En outre, on voit mal le Conseil d'État ou la Cour administrative d'appel intéressée se déjuger à l'occasion d'une affaire ultérieure, et, pour reprendre une formule employée par A. Trabucchi à propos des déclarations d'invalidité opérées par la C.J.C.E., il faut admettre que "la peine capitale prononcée en matière de contrôle de validité ne permet pas de révision" ("L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la C.J.C.E.", *Revue trimestrielle de Droit européen* 1974, p.69).

³⁰¹¹ R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, n°883-1.

B. Ce point de vue peut de surcroît s'appuyer sur l'idée explicitée par M. Weil selon laquelle le juge administratif est le "juge naturel" de la légalité des actes administratifs³⁰¹². Dès lors que celui-ci, statuant en dernier ressort, reconnaît l'illégalité d'un acte administratif, chaque juridiction devrait ensuite en principe faire sienne l'opinion ainsi donnée³⁰¹³. Citant Duguit pour qui une décision objective "s'impose à l'application de tous les tribunaux"³⁰¹⁴, M. Weil expliquait la solution *Abbé Gautrand* par "le principe général selon lequel l'appréciation de la validité des actes administratifs est attribuée aux juridictions administratives"³⁰¹⁵. On peut reprendre cette idée en en élargissant la portée : 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

invoquée³⁰¹⁶.

Tout plaide donc en faveur d'une modification de la jurisprudence. La déclaration d'illégalité doit revêtir un effet absolu, au même titre que l'annulation, afin de lier à l'avenir les tribunaux qui devront se prononcer sur une application du texte vicié³⁰¹⁷. De la même manière, on peut appeler de ses vœux un renforcement des effets de la reconnaissance incidente d'une irrégularité sur l'administration qui l'a commise.

Paragraphe 2. Carences des incidences sur l'administration

L'exception d'illégalité ne produit pas sur le travail administratif les résultats que l'on est en droit d'attendre d'un recours permettant de déceler une irrégularité qui l'a entaché. Dans les insuffisances qu'il convient de relever à ce propos, l'une est d'ordre général, tandis que d'autres s'attachent plus particulièrement à une catégorie d'actes déterminée.

³⁰¹² *Op. cit.* pp. 82.s.

³⁰¹³ On trouvait déjà cette idée chez A. Esmein, qui faisait du juge administratif, plus encore que le simple juge naturel de la légalité des actes administratifs, le maître absolu de leur interprétation (Cf. "L'effet relatif de chose jugée", in *Mélanges Gérardin*, 1907, p.250 : "Lorsque la juridiction administrative, spécialement instituée pour cela, a donné au nom de l'État, dans un procès déterminé, une certaine interprétation à un acte administratif, comment admettre que cette interprétation ne vaudra pas et ne s'imposera pas à tous ceux qui, ultérieurement, invoqueront ce même acte et auxquels il sera opposable ?")

³⁰¹⁴ *Op. cit.* t. II, p.518.

³⁰¹⁵ *Op. cit.* p.86.

³⁰¹⁶ Cette idée pourrait aujourd'hui se prévaloir du principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par la décision du Conseil constitutionnel "Conseil de la concurrence" (décision précitée) : même si, par souci de préserver la répartition des compétences existante, sa formulation a volontairement laissé de côté l'appréciation incidente de la régularité d'un acte administratif, son économie revient incontestablement à reconnaître une compétence naturelle au juge administratif afin de trancher *définitivement* une question de ce type.

³⁰¹⁷ La reconnaissance d'un effet absolu permettrait en outre au tribunal de soulever d'office l'illégalité avérée de l'acte en cause, contrairement à la règle actuellement de mise (sur ce point, Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II).

I - Une carence générale : l'absence d'extinction automatique de l'acte reconnu illégal

Pour contraindre l'administration à abroger une décision reconnue incidemment illégale par le juge administratif, tout intéressé dispose du relais du mécanisme d'abrogation obligatoire tel qu'il est aujourd'hui organisé par la jurisprudence Cie *Alitalia* et ses développements³⁰¹⁸. Toutefois, cette construction suppose nécessairement, on l'a dit, un recours gracieux formulé par un administré³⁰¹⁹; la simple constatation de l'irrégularité par le juge ne génère aucun processus d'éradication de la décision qu'elle intéresse³⁰²⁰. Or, le jeu de l'exception d'illégalité devrait pouvoir permettre l'économie de la deuxième phase de cette complexe procédure³⁰²¹, d'autant que les exigences jurisprudentielles paraissent moins inflexibles qu'on pourrait le croire au premier abord.

A. La justification de l'automatisme

1 - Sur un plan purement théorique

a) L'état actuel du droit repose sur une hypocrisie. D'un côté, on refuse à la simple déclaration d'illégalité la force suffisante pour faire disparaître l'acte qui en fait l'objet, au motif notamment qu'un tel effacement pourrait être de nature à perturber l'action administrative, brusquement privée d'une norme sur laquelle elle comptait, cependant qu'on érige en principe l'inapplicabilité de cette dernière³⁰²². A l'occasion de leur commentaire de l'arrêt *S.A. Morgane*³⁰²³, MM. E. Honorat et R. Schwartz insistaient sur ce point. L'ancienne distinction entre l'automatisme des effets de l'annulation sur l'acte qu'elle frappe et l'innocuité de l'exception d'illégalité reposait sur l'idée qu'une disposition illégale n'est pas pour autant inapplicable : "lorsque le texte est simplement déclaré illégal, son application est écartée dans l'affaire soumise au juge, mais il continue à s'appliquer aux autres situations" ; or, "cette distinction a, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence - et notamment de l'arrêt *Ponard* - perdu singulièrement de sa portée : (...), désormais, une disposition n'est applicable que si elle est légale".

b) Cette inapplicabilité de l'acte réglementaire convaincu d'illégalité s'avère en outre totale : non seulement, comme l'ordonne l'arrêt *Ponard*, l'administration est tenue de ne plus lui donner de concrétisation, mais de surcroît aucun administré ne peut se prévaloir d'un quelconque droit à son application future. Cela ressort notamment de la jurisprudence relative aux certificats d'urbanisme, et plus particulièrement de l'arrêt *S.C.I. "Le Parc de Vaugien"*³⁰²⁴. La société soutenait que les premiers juges avaient à tort estimé opérant un moyen tiré, à l'appui d'une demande d'annulation de permis de construire, de l'illégalité des dispositions du P.O.S. sur le

³⁰¹⁸ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³⁰¹⁹ *Ibid.*

³⁰²⁰ Ce qui constitue une des différences majeures avec l'annulation, dont le prononcé suffit à faire disparaître de l'ordonnement juridique la mesure qu'elle frappe (Cf. Partie I, Titre préliminaire).

³⁰²¹ Comme le démontre la jurisprudence de la C.J.C.E., puisque pour cette juridiction, "si le règlement invalidé (...) continue en principe de survivre, son auteur a l'obligation de le retirer" (G. Isaac, "La modulation par la C.J.C.E. des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité", *Cahiers de Droit européen* 1987, pp.444 s., et spécialement p.458 ; l'auteur se fonde sur un attendu de l'affaire *International Chemical Corporation* précitée, estimant que "le Conseil ou la Commission, auteurs des règlements reconnus invalides, sont tenus de tirer de l'arrêt de la Cour les conséquences que cet arrêt comporte").

³⁰²² Voir *supra* les développements sur la jurisprudence *Ponard*.

³⁰²³ *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, chronique précitée, p.112.

³⁰²⁴ C.E., 4/11/1994 ; *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme* 1995, conclusions C. Maugué.

fondement desquelles il avait été délivré, au motif que ledit permis avait été consenti en application d'un certificat d'urbanisme positif. Le commissaire du gouvernement, afin de la débouter sur ce point, mit l'accent sur le fait que, s'il "garantit le constructeur contre les changements de la règle d'urbanisme, (...) le certificat n'a, en aucun cas, pour objet de garantir l'application de dispositions illégales, que ces règles aient disparu rétroactivement suite à une annulation contentieuse, ou aient été déclarées illégales par voie d'exception". Elle fut suivie par la Haute juridiction, qui marque bien, par là même, sa préoccupation d'inactiver autant que faire se peut les actes dont elle dénonce incidemment l'illégalité.

c) Dès lors, on perçoit mal l'intérêt de laisser subsister artificiellement dans l'ordre juridique un acte que l'avis du juge condamne à l'ineffectivité la plus complète³⁰²⁵. Certes, le spectre d'un recours pour excès de pouvoir ouvert hors délais rôde, et s'emploie à entretenir le *statu quo*. Mais l'automatisme de chute de l'acte déclaré illégal se distinguerait de celle qui résulte d'une annulation juridictionnelle : ici, c'est du juge que provient directement la sanction, et celle-ci est rétroactive ; là, ce serait l'administration qui resterait compétente pour prononcer une simple abrogation de l'acte reconnu irrégulier, comme elle l'est déjà dans le système prévu par la jurisprudence *Alitalia*³⁰²⁶. Le seul aménagement consiste à supprimer le relais du recours gracieux actuellement exigé, chose qui ne paraît pas poser d'insolubles problèmes sur un plan pratique.

2 - D'un point de vue pratique

On se souvient des raisons avancées pour expliquer la condition de recours préalable³⁰²⁷, et notamment de celle qui met en avant la gêne de l'action administrative que la solution inverse serait susceptible d'engendrer. Or, ce danger de perturbation que créerait la suppression de la condition de demande est à l'évidence à relativiser en ce qui concerne l'hypothèse qui nous intéresse, à savoir celle où obligation d'abroger se couple avec exception d'illégalité. Reprenons l'affaire *Syndicat C.F.D.T. des établissements et arsenaux du Val-de-Marne*³⁰²⁸ en vue d'illustrer notre propos : en l'espèce, l'illégalité du règlement dont l'abrogation était sollicitée avait été avérée par un arrêt du Conseil d'État. Puisque le juge a déjà définitivement statué en indiquant à l'administration que sa décision est entachée d'illégalité, est-il dès lors excessif d'imposer à l'autorité compétente de corriger pour l'avenir le règlement dont l'irrégularité est certaine sans exiger une demande préalable en ce sens émanant d'un administré ? Le poids de la vérification de la légalité de l'acte se déplace dans cette hypothèse de l'administration vers le juge, dont c'est justement le rôle naturel : une fois que ce dernier a dénoncé l'illégalité de l'acte, il appartient à l'autorité compétente de faire disparaître celui-ci ; la demande préalable de l'administré n'a plus de raison d'être, elle qui vise seulement à sensibiliser l'administration sur le vice d'un texte, puisque cette sensibilisation est ici l'œuvre du jugement ayant admis l'exception.

³⁰²⁵ G. Berb voyait à juste titre dans la déclaration d'illégalité la "semence d'une annulation implicite" (cité par P. Hay dans l'article "Une approche politique de l'application de l'article 177 du Traité C.E.E. par les juridictions nationales", *Cahiers de Droit européen* 1971, p.512).

³⁰²⁶ S'agissant d'une abrogation -donc d'une disparition pour l'avenir-, la stabilité des situations antérieurement créées sur la base de l'acte illégal ne serait aucunement menacée.

³⁰²⁷ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³⁰²⁸ Arrêt précité, dans lequel, rappelons-le, le Conseil d'État, avait estimé que les ministres à l'origine d'une décision interministérielle incidemment reconnue irrégulière étaient tenus de faire droit à la demande d'administrés sollicitant l'abrogation de celle-ci.

Il semble donc que les impératifs de sécurité juridique puissent parfaitement s'accommoder de la chute de la condition de demande préalable affectant le devoir d'abrogation des règlements illégaux, dès lors que cette illégalité a été reconnue par le juge de l'exception ; et les assouplissements que connaît déjà cette règle nous conduisent à penser que le pas pourrait être aisément franchi.

B. La relative flexibilité de la condition de demande préalable laisse augurer une possible évolution

La nécessité d'un recours gracieux préalable au jeu de l'abrogation obligatoire trahit une relative souplesse. Cela ressort en particulier de deux tolérances ou constructions spécifiques :

1 - La première vient de ce que, bien souvent, le juge est amené à requalifier le recours administratif qui avait été intenté. Ce fut le cas dans l'affaire *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la Recherche*³⁰²⁹ où l'organisation syndicale requérante avait certes effectué un recours gracieux préalable, mais par le biais duquel elle avait sollicité "l'annulation" des décrets dont elle affirmait l'illégalité. Le Conseil d'État accepte de regarder de telles demandes comme tendant à l'abrogation des actes en cause, et considère en conséquence valable la démarche originelle du requérant³⁰³⁰. Rien que de très courant dans cette requalification, qu'il convenait cependant de signaler.

2 - Plus significatif est l'enseignement que l'on peut tirer de la jurisprudence *Fontanilles-Laurelli*³⁰³¹. Il s'agissait d'une espèce dans laquelle le requérant demandait au juge la réparation d'un dommage qui lui avait été causé, selon ses dires, par une faute qu'aurait commise l'administration en ne modifiant pas une réglementation ne correspondant plus aux réalités de fait. Tout le problème était donc de savoir si l'"inaction réglementaire" de l'autorité compétente - en l'occurrence un préfet - était dans un tel cas constitutive d'une faute susceptible d'ouvrir droit à réparation. Le commissaire du gouvernement insistait sur le fait que la jurisprudence *Despujol* imposait comme condition nécessaire à la reconnaissance de l'obligation d'abroger un recours gracieux préalable sollicitant cette abrogation. Selon lui, cette démarche ne se confondait pas avec la demande de dommages-intérêts nécessaire pour lier le contentieux de la responsabilité : elle se devait de lui être antérieure car elle seule était de nature à transformer le pouvoir discrétionnaire de l'administration en devoir dont le non respect pouvait engendrer une faute réparable. Plus encore, M. Latournerie pensait que ce recours administratif devait nécessairement émaner de la personne même qui se tournait vers le juge pour demander sanction ou réparation du refus opposé ; mais, en l'espèce, cette considération était sans conséquence puisqu'il n'était pas allégué qu'une demande d'abrogation quelconque ait été adressée à l'administration, le requérant lui-même n'ayant pas réalisé cette démarche. Le commissaire du gouvernement conviait donc le Conseil d'État à "admettre qu'en l'absence d'une demande de modification de l'arrêté préfectoral l'administration, en s'abstenant de modifier cet arrêté, n'avait- commis aucune de nature à engager la responsabilité de l'État"³⁰³². Il ménageait cependant à la Section du contentieux, au cas où elle n'aurait pas désiré suivre son raisonnement initial, une autre forme de solution qui consistait à rejeter au fond la requête, puisqu'il démontrait que le changement de fait mis en avant par M. *Fontanilles-Laurelli* n'avait pas eu

³⁰²⁹ Arrêt précité.

³⁰³⁰ Voir également les conclusions Faugère précitées sur l'arrêt *Bunoz*, p.628.

³⁰³¹ C.E., S., 5/05/1986, p.127 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.510, conclusions D. Latournerie ; *Dalloz* 1987, som. com., p.111, obs. F. Moderne et P. Bon.

³⁰³² Conclusions précitées, p.512.

pour effet de retirer au règlement litigieux son fondement juridique. Ce fut précisément la solution que consacra l'arrêt, déboutant le demandeur non sur la base de l'absence de recours gracieux préalable, mais au motif qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'administration eût commis une quelconque faute "en ne prenant pas l'initiative de modifier" l'arrêté en cause. Il semble en conséquence qu'un recours gracieux tendant à l'abrogation d'un règlement devenu illégal ne soit pas exigé par le Conseil d'État comme préalable nécessaire à l'engagement d'une procédure de réparation des préjudices qu'il a pu causer³⁰³³.

La doctrine n'a pas tiré d'enseignements uniformes de cette jurisprudence. Pour R. Chapus³⁰³⁴ il est "légitime de penser que l'attention des autorités administratives doit être attirée par le changement des circonstances auxquelles sont liés les règlements qu'elles ont édictés et qu'il est, par suite, normal qu'elles soient tenues de tirer les conséquences de tels changements". En d'autres termes, il ne serait pas inconcevable que la naissance du devoir d'abrogation ne soit pas ici conditionnée par la demande d'un administré, mais bien par la simple survenance de l'illégalité de l'acte. Si la réunion de certaines données de droit et de fait est nécessaire afin que soit édictée telle décision, il semble dans la logique des choses que, si les unes ou les autres viennent à disparaître, l'autorité compétente procède d'elle-même à la modification qui s'impose. Mais d'autres auteurs ont au contraire mis l'accent sur la spécificité du contentieux indemnitaire³⁰³⁵ pour dénier à l'arrêt *Fontanilles-Laurelli* une portée aussi générale. Quoi qu'il en soit, cette solution tend à démontrer que le juge peut se montrer assez compréhensif quant à la nécessité d'une demande pour lier la compétence abrogative de l'administration ; et, nous l'avons dit, c'est incontestablement dans ce sens qu'il faut aller lorsque la décision à faire disparaître a été déclarée incidemment illégale par le juge administratif.

II - Les carences spécifiques enregistrées en matière d'actes non réglementaires non créateurs de droits

La combinaison du principe d'abrogation obligatoire dégagé par l'arrêt *Les Verts* à l'égard des actes non réglementaires non créateurs de droits avec le mécanisme de l'exception d'illégalité soulève deux difficultés majeures, représentant autant d'insuffisances auxquelles il semble aisé de remédier.

A. L'insuffisance liée à l'absence d'obligation d'abroger les actes non réglementaires non créateurs de droits originairement illégaux

1 - Certains actes non réglementaires non créateurs de droits peuvent faire l'objet d'une exception d'illégalité, comme nous l'a enseigné l'étude des théories de l'opération complexe, de l'inexistence et de la fraude. Une fois leur vice constaté, que doit-il advenir d'eux ? La question se pose essentiellement pour les décisions d'espèce et les mesures frauduleuses, la reconnaissance d'une inexistence réglant en effet d'elle-même le problème. Par réflexe -et par comparaison avec le régime des actes réglementaires-, on serait tenté d'estimer que le système de l'abrogation obligatoire sur demande d'un administré peut prendre le relais du jugement, et assurer la disparition de la mesure viciée. Mais il faut aussitôt se souvenir que l'arrêt *Les Verts* qui a transposé dans ce domaine le principe dégagé par la jurisprudence *Alitalia* exclut de son champ les actes non réglementaires non créateurs de droits entachés d'une irrégularité

³⁰³³ En ce sens, voir conclusions M. Pochard précitées sur l'arrêt Elections cantonales de Chaufailles, *Revue française de droit administratif* 1991, p.583.

³⁰³⁴ *Droit administratif général*, t. I, n°759-3.

³⁰³⁵ Cf. notamment la note P. Bon et F. Moderne précitée (*Dalloz* 1987).

originaires³⁰³⁶. Aussi, un administré ne peut semble-t-il contraindre l'administration à abroger une décision non réglementaire non créatrice de droit alors même que le vice qui l'affectait dès son édicition a été expressément reconnu par la juridiction administrat

2 - Les deux arguments sur lesquels s'est fondé le commissaire du gouvernement M. Pochard pour imposer la limite sus-rappelée - à savoir l'absence de précédents jurisprudentiels et la volonté de préserver la spécificité du régime juridique qui s'attache aux actes non réglementaires³⁰³⁷ - présentent pourtant, l'un et l'autre, un talon d'Achille :

a) S'agissant du premier, il convient de mettre en avant qu'une ligne de jurisprudence antérieure, bien qu'elle n'ait pas revêtu le caractère spectaculaire de celle s'intéressant à l'illégalité due aux changements de circonstances, a bel et bien consacré des hypothèses dans lesquelles l'administration était tenue tantôt spontanément, tantôt sur demande en ce sens d'un administré, d'abroger un acte non réglementaire non créateur de droits affecté d'une irrégularité originaires. Il en va ainsi notamment en matière d'autorisations de police : l'arrêt *Sieur Constantin*³⁰³⁸ considère par exemple qu'un maire ayant autorisé le propriétaire d'un débit de boissons à retarder la fermeture de son établissement en violation d'un arrêté préfectoral préexistant est "légalement tenu de mettre fin" à cette autorisation³⁰³⁹. De même, et pour reprendre le cas des sectionnements municipaux, le juge accepte depuis de très nombreuses années de contrôler la légalité des refus de suppression de tels actes entachés d'une irrégularité originelle³⁰⁴⁰.

b) S'agissant du second, on peut tout d'abord contester la dynamique privilégiée par M. Pochard³⁰⁴¹ en ce que, dans le but d'éviter des cas de remise en cause abusive pour de simples raisons formelles d'actes non réglementaires non créateurs de droits à l'encontre desquels le délai de recours est expiré, elle conduit à pérenniser ceux d'entre eux entachés, dès le départ, d'une grossière irrégularité de fond. Mais surtout, il convient de remarquer que les actes non réglementaires non créateurs de droits ne bénéficient pas, au même titre que les décisions individuelles qui en engendrent, de la pleine protection du principe d'intangibilité³⁰⁴². La meilleure preuve en est que nombre d'entre eux, en dépit de l'expiration des délais de recours pour excès de pouvoir ouverts à leur encontre, demeurent incidemment contestables au contentieux. Au moins pour ces derniers -c'est-à-dire pour les actes frauduleux et les décisions d'espèce qui s'insèrent dans une opération complexe-, l'obligation d'abroger semble constituer le complément naturel de la reconnaissance juridictionnelle de leur illégalité.

Rien ne s'oppose donc à une parfaite adéquation des principes d'abrogation obligatoire érigés par les jurisprudences *Alitalia et Les Verts*, de la même manière que tout milite en faveur d'une conjonction de ce mécanisme avec celui de l'exception d'illégalité, qu'on se trouve

³⁰³⁶ Sur cet arrêt, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³⁰³⁷ *Ibid.*

³⁰³⁸ Arrêt précité.

³⁰³⁹ Voir dans le même sens C.E., 17/04/1963, Blois, p.233 ; *Dalloz* 1963, p.459, note Esmein ; *La semaine juridique* 1963 éd G. II, 13227, note Luce : un maire ayant à tort permis l'inhumation d'un chien dans un cimetière humain "était tenu de faire cesser la situation irrégulière ainsi illégalement accordée en mettant fin à cette autorisation".

³⁰⁴⁰ C.E., 3/04/1908, Sieurs Puech et Gout, p.351 ; C.E., 22/04/1925, Commune de Saint-Genis-Laval, p.413.

³⁰⁴¹ Conclusions précitées, p.576.

³⁰⁴² Sur ce point, voir *supra*, Titre précédent.

indifféremment en présence d'un acte réglementaire ou d'un acte non réglementaire non créateur de droits.

B. L'insuffisance liée à l'impossibilité d'invoquer un changement de circonstances par voie d'exception contre un acte non réglementaire non créateur de droits

Bien que nous débordions ici une fois encore sur le problème de la recevabilité de l'exception, le problème (de par le choix que nous avons fait de réinsérer l'évolution des effets de la déclaration d'illégalité dans celle, plus vaste, ayant intéressé le mécanisme de l'exception) mérite qu'on l'aborde.

1 - Une remarque préliminaire s'impose. Comme nous l'avons déjà souligné, la théorie du changement de circonstances ne connaît pour ainsi dire aucune application auprès des décisions individuelles porteuses de droits³⁰⁴³. A l'inverse, la formulation du principe dégagé par la jurisprudence *Les Verts* paraît soumettre à de pareils aléas tous les actes non réglementaires non créateurs de droits, sans opérer aucune distinction dans cette catégorie pourtant extrêmement hétérogène. Or, cette logique se révèle totalement absurde pour certains d'entre eux. On songe notamment aux décisions négatives refusant une demande : si la situation devient telle que le demandeur est en droit d'obtenir l'autorisation qu'il sollicitait, est-il envisageable que le refus initial soit considéré comme illégal et doive être abrogé par l'administration ? Et même s'il en allait ainsi, cette abrogation n'est-elle pas dépourvue de tout intérêt, puisqu'elle signifie concrètement la prise de la mesure positive initialement refusée, mesure qui ne peut logiquement intervenir que si l'administré a réitéré sa demande ? De même, on reste perplexe sur les implications du principe dégagé par l'arrêt *Les Verts* pour des actes tels que les actes obtenus par fraude ou les actes inexistantes. En définitive, la théorie du changement de circonstances ne paraît devoir jouer qu'à l'égard de certains actes qui, bien non réglementaires, partagent avec les règlements une capacité d'engendrer une situation continue³⁰⁴⁴.

2 - Compte tenu de ce qui précède, la question de la combinaison entre les jurisprudences *Les Verts et Ah Won* ne présente concrètement d'intérêt qu'à l'endroit des décisions d'espèce telles que nous les avons définies à l'occasion de l'étude de la théorie des opérations complexes. Elles seules en effet peuvent à la fois éventuellement subir le contrecoup néfaste d'un changement de circonstances, et faire l'objet d'une constatation incidente passé le délai de recours contentieux³⁰⁴⁵. Rien ne paraît *a priori* s'opposer à la transposition à ces actes de la jurisprudence *Ah Won et Butin* : dès lors qu'est admise l'incidence d'un changement de circonstances sur leur légalité - qui va jusqu'à obliger l'administration, saisie d'une demande en ce sens, de procéder à leur abrogation - , on ne voit pas pourquoi la reconnaissance de l'irrégularité qui les affecte ne pourrait pas s'effectuer par voie d'exception. Puisqu'on repousse, à leur égard, l'idée de "légalité statique"³⁰⁴⁶ que le principe d'intangibilité imprime normalement aux actes non réglementaires, la sanction de l'apparition de l'illégalité du fait d'éléments

³⁰⁴³ Cf. Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³⁰⁴⁴ Sur cette notion, voir *supra*, Titre précédent.

³⁰⁴⁵ C'est d'ailleurs au travers de l'une d'entre elles (le découpage cantonal) qu'a été dégagé le principe de l'arrêt "Les Verts".

³⁰⁴⁶ Selon l'expression de J.-M. Auby, *Revue du droit public* 1959, art. cit. p.459.

postérieurs à leur édicition doit pouvoir présenter indifféremment un caractère direct (annulation du refus de les abroger) ou indirect (annulation des mesures prises sur leur fondement).

3 - Or, telle n'est visiblement pas l'analyse pratiquée par le Conseil d'État. Il est aisé de s'en rendre compte à la lecture d'une décision intéressante, à l'instar de l'arrêt *Les Verts*, le découpage cantonal³⁰⁴⁷. Alors qu'à l'occasion de cette dernière affaire, la Haute juridiction avait reconnu que ce type d'acte pouvait subir une affectation de sa légalité du fait d'un changement de circonstances, elle affirme ici que "l'auteur d'une protestation dirigée contre les opérations électorales en vue de la désignation d'un conseiller général n'est recevable à invoquer, à l'appui de cette protestation, l'illégalité de l'acte par lequel il a été procédé à la délimitation de la circonscription cantonale que si ledit acte n'est pas devenu définitif"³⁰⁴⁸. Cette formule induit évidemment l'exclusion de l'exception comme instrument de sanction de l'illégalité d'un découpage cantonal définitif provenant d'une évolution ultérieure de la situation, restriction qui ne va pas sans causer "quelque surprise"³⁰⁴⁹ au juriste. Telle n'était d'ailleurs pas la solution préconisée par le commissaire du gouvernement M. Pochard : celui-ci voulait conduire le Conseil d'État à admettre beaucoup plus largement la possibilité de contestation d'un découpage cantonal à l'appui d'un recours contre les élections s'étant déroulées dans son cadre. Après avoir convaincu la Section du contentieux de l'opérance du moyen soulevé par la requérante - à savoir l'inégalité démographique entre les cantons - du fait de l'incidence évidente que peut avoir une telle inégalité sur les résultats du scrutin, M. Pochard mit le Conseil d'État devant une alternative :

- soit admettre la possibilité de soulever l'exception à toute époque. Cette solution avait l'avantage de calquer le régime du découpage cantonal, en faisant de ce dernier un acte préliminaire à l'élection, sur celui des sectionnements de communes³⁰⁵⁰ pour lesquels la Haute juridiction a depuis longtemps opté en faveur d'une pareille permission, que l'illégalité du sectionnement contesté affecte l'acte depuis son origine³⁰⁵¹ ou soit apparue à la suite d'une évolution ultérieure³⁰⁵². Le commissaire du gouvernement marquait un net penchant pour cette branche de l'alternative. Il est vrai qu'elle seule paraissait en conformité avec les conclusions sur l'arrêt *Les Verts* qu'il venait de prononcer, et que le Conseil d'État allait faire siennes : en admettant qu'un découpage électoral pouvait pâtir d'un changement de circonstances au point de contraindre l'administration, saisie d'une demande en ce sens, à l'abroger, il semblait logique de permettre à un administré de pouvoir faire également sanctionner cette illégalité à l'appui d'un recours dirigé contre des élections organisées sur sa base³⁰⁵³. L'admission de ce principe posait

³⁰⁴⁷ C.E., S., 30/11/1990, Elections cantonales de Chauffailles, Mme Abadie, p 342 (arrêt précité).

³⁰⁴⁸ Cette formulation a été reprise dans des arrêts ultérieurs. Cf. notamment C.E., 17/12/1990, Tête, req. n° 104 888.

³⁰⁴⁹ Selon l'avis de R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n°596-3°.

³⁰⁵⁰ M. Pochard montrait en effet, malgré les différences de ces deux actes, une "parenté fondamentale dans leur objet : ils constituent un découpage électoral en vue de la désignation, par circonscriptions distinctes, d'élus appelés à siéger au même organe délibérant" (conclusions précitées, p.584).

³⁰⁵¹ C.E., 11/06/1886, Mazerolles, p.523.

³⁰⁵² Voir par exemple C.E., 29/03/1889, Elections de Thilay, p.435 ; et C.E., 05/11/1945, Elections municipales d'Odeilles-Font-Romeu, p.220.

³⁰⁵³ Le raisonnement de M. Pochard trahissait cependant une légère contradiction : alors qu'il avait fait exclure toute obligation d'abrogation en présence d'une illégalité originaires affectant un découpage cantonal, il ne prônait pas une telle discrimination pour la question de l'exception d'illégalité. Or, de deux choses l'une : ou bien on admet que le principe d'intangibilité joue pour protéger un acte affecté d'une illégalité *ab initio*, et on interdit donc toute remise en cause directe (obligation d'abrogation) et indirecte (exception d'illégalité) de celui-ci ; ou bien on écarte totalement ce principe, et il n'existe dans ce cas aucune raison de réserver tant l'obligation d'abrogation que l'éventualité d'une exception d'illégalité à la théorie du changement de circonstances.

d'autant moins de problèmes qu'en l'espèce, M. Pochard démontrait que le recours devait être rejeté au fond car les griefs formulés contre le découpage litigieux apparaissaient bien trop vagues.

- soit enserrer toute possibilité de soulever une exception d'illégalité dans le délai de recours contentieux ouvert contre le découpage. On sait que telle a été l'option retenue par la Section du contentieux, préférant la sécurité qu'offrait l'application aveugle des règles traditionnelles s'opposant à la possibilité de remise en cause perpétuelle des actes non réglementaires : elle a sans doute craint les inconvénients qu'aurait pu susciter la solution inverse (que son commissaire du gouvernement avait énumérés³⁰⁵⁴) et manifesté son souci d'assurer une certaine stabilité en la matière. Mais ce choix ne va pas sans générer de nombreuses difficultés : difficultés pratiques tout d'abord, dans la mesure où "les découpages les plus anciens et donc les plus contestables puisque déconnectés des évolutions démographiques ne pourront pas être contestés - par voie d'exception - puisqu'ils sont définitifs depuis longtemps"³⁰⁵⁵. De plus, l'exception d'illégalité ouverte à l'encontre d'un découpage cantonal devenu illégal semblait constituer le seul moyen de sanctionner les élections organisées sur sa base à la suite d'un éventuel refus du premier ministre de procéder à son abrogation³⁰⁵⁶. Mais l'aspect le plus critiquable de l'arrêt réside dans l'impasse théorique à laquelle il aboutit : voici donc un acte dont on admet qu'il puisse être tellement altéré par un changement de circonstances qu'on le destine à disparaître pour peu qu'une requête soit formulée en ce sens, mais dont une éventuelle application ne peut se trouver contrariée par l'invocation de cette illégalité. On conviendra qu'il y a là une réelle aporie³⁰⁵⁷. Ce qu'il aurait fallu ici, puisque la logique *Despujol* avait été adoptée en la matière par l'arrêt *Les Verts*, c'est la transposition pure et simple de la jurisprudence *Ah Won et Butin*³⁰⁵⁸.

Les diverses propositions formulées dans ce Chapitre tendent, nous l'avons constaté, à remédier à l'excédent d'acquis qui sclérose encore la déclaration d'illégalité et nuit à son efficacité, en dépit des hauts impératifs qu'elle sert. Mais on peut prôner des assouplissements encore plus poussés en la matière ; le dernier temps de nos développements sera consacré à cette prospection, destinée à ouvrir quelques fenêtres nouvelles sur un domaine qui demeure fortement imprégné d'habitudes de pensée qu'une comparaison avec les solutions retenues par d'autres systèmes contentieux conduit à relativiser.

³⁰⁵⁴ Voir conclusions précitées, p.585 : M. Pochard met essentiellement l'accent sur l'alourdissement du contentieux électoral qui pourrait en résulter, et des incertitudes qui pèseraient sur le fonctionnement des conseils généraux.

³⁰⁵⁵ Chronique E. Honorat et R. Schwartz précitée, p.116.

³⁰⁵⁶ Cf. *ibid.* ; les chroniqueurs soulignent à ce propos la limite ainsi portée à l'efficacité du principe dégagé par l'arrêt *Les Verts*.

³⁰⁵⁷ Le juge, dans ce domaine du découpage électoral, semble d'ailleurs adopter une démarche totalement empirique, et les principes qu'il pose risquent, dans certaines hypothèses, de mener à des solutions totalement iniques. Sur ce problème, voir en particulier les observations de C. Maugué et R. Schwartz sous l'arrêt C.E., 29/01/1992, MM. Roussel et Adam, *Actualité juridique, Droit administratif* 1992, p.113.

³⁰⁵⁸ Il n'était pas nécessaire, comme le suggéraient MM. Honorat et Schwartz, de subordonner la possibilité d'une exception à l'existence d'un recours administratif tendant à l'abrogation de l'acte, et ce pour les raisons exposées lors de l'examen de la solution *Ah Won et Butin*.

CHAPITRE 2. QUELQUES ENRICHISSEMENTS SOUHAITABLES

Au-delà des insuffisances flagrantes des effets de la déclaration d'illégalité que nous venons de souligner, il n'est pas interdit de penser que des améliorations importantes pourraient leur être apportées au prix d'un léger infléchissement des canons qui, traditionnellement, les dominent. L'exploration des différentes voies susceptibles d'être suivies à cette fin nous permettra non seulement de préconiser des enrichissements dans le domaine précis de l'exception, mais également d'en proposer l'exemple à d'autres procédés. Précisons d'ores et déjà toutefois que les développements du présent chapitre ne nourrissent nullement l'ambition de fournir, tels quels, des "remèdes miracles" aux faiblesses du contentieux administratif qu'ils dénoncent ; leur objectif se contente plus modestement de suggérer un certain nombre de repères susceptibles d'orienter son évolution future.

SECTION 1. LES PISTES A SUIVRE

D'une manière générale, il faut reconnaître que les effets assignés à la constatation d'une illégalité par voie d'exception obéissent à un canevas trop rigide. En témoigne le grand nombre de solutions dérogoires aux principes traditionnels qui ont été relevées tout au long de cette étude, dont certaines s'avèrent juridiquement peu explicables pour la simple raison qu'elles sont exclusivement commandées par des considérations d'opportunité. Visiblement, la palette qui s'offre au juge est insuffisamment large, que ce soit relativement aux incidences de son appréciation sur l'acte dont il dénonce le vice ou aux conséquences de celle-ci sur les décisions que le texte illégal avait fondées. Aussi conviendrait-il d'assouplir chacun de ces deux secteurs :

Paragraphe 1. Elargir l'éventail des effets de l'exception sur l'acte déclaré illégal

I - L'idée axiale : la modulation des effets de l'exception selon la gravité de l'illégalité commise

Ce qui frappe d'emblée l'observateur lorsqu'il se penche sur les incidences induites par une déclaration d'illégalité sur l'acte qui en fait l'objet, c'est l'absence de nuance eu égard aux caractéristiques de l'irrégularité constatée. Que la décision en cause soit affectée d'un vice de fond majeur -provenant par exemple de sa contrariété originelle ou plus tardive avec une norme supérieure- ou simplement entachée d'un défaut externe bénin due à une erreur procédurale ou formelle commise à l'occasion de son édicition, elle sera désormais invariablement considérée comme inapplicable, tout en se maintenant dans l'ordre juridique jusqu'à son remplacement éventuel par l'autorité compétente. Il y a là, assurément, une rigidité extrême et difficilement compréhensible. En s'inspirant de la théorie des "formalités non substantielles"³⁰⁵⁹, ne pourrait-on pas concevoir qu'une irrégularité vénielle n'implique pas automatiquement la nécessité, pour l'administration, de lui substituer une norme de remplacement souvent matériellement identique ? A l'inverse, est-il réellement hérétique de faire produire au jugement constatant incidemment l'illégalité structurelle d'un acte des effets plus intenses que ceux qu'il engendre aujourd'hui ? La loi Bosson du 9 février 1994 qui, nous le savons, opère pour la première fois

³⁰⁵⁹ Sur cette théorie, voir *supra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I.

une discrimination de ce type, montre bien que cette voie est à explorer en la matière. Cependant, en choisissant de répercuter la différenciation des irrégularités sur la recevabilité de l'exception, elle s'expose à juste titre aux critiques de ceux qui estiment fondamentale la garantie représentée par l'accès au juge de la légalité comme seul moyen de subordonner le travail administratif au respect de la règle de droit³⁰⁶⁰. Gageons que la solution passe plutôt par une modulation des effets de la déclaration d'illégalité à l'aune de la gravité commise, que par la privation du droit d'ester en justice. D'ailleurs, l'idée n'est pas aussi révolutionnaire qu'elle apparaît au premier abord, si l'on se réfère aux solutions *Mégard et ordre des architectes* dont la portée atypique s'explique largement, nous l'avons souligné, par la gravité de l'irrégularité qu'avait commise l'administration³⁰⁶¹.

II - Les diverses combinaisons imaginables

"Pour le juriste, il est difficile d'admettre que la solution varie "selon" l'affaire" écrivait G. Peiser, en conclusion de son étude sur les tendances récentes de la jurisprudence en matière d'effets de l'exception d'illégalité³⁰⁶². Pourtant, l'assainissement de ces derniers semble bien supposer une certaine malléabilité, conditionnée par l'importance du vice constaté par le juge. Mais, afin d'éviter une excessive anarchie des solutions en ce domaine, on pourrait organiser la liberté des juridictions autour de trois grandes propositions :

A. L'inactivation des irrégularités vénielles

"Sachons nous rappeler que le droit administratif classique qui nous a été enseigné savait distinguer les vices de forme substantiels et les vices de forme non substantiels". Cette exhortation de D. Labetoulle³⁰⁶³ - qui débouchera sur la disposition de la "petite loi d'urbanisme" limitant à six mois la possibilité d'exciper la plupart des vices de forme pouvant affecter les règlements qui régissent la matière - interpelle quiconque se penche sur les conséquences à tirer d'une déclaration d'illégalité. Combien de commissaires du gouvernement ou de membres de la doctrine se sont-ils en effet offusqués de la mise en cause d'un acte, de nombreuses années après son édicton, motivée par le non respect, à l'époque, de conditions de forme ou de procédure qui apparaissent souvent anecdotiques passé un certain délai³⁰⁶⁴ ! Or, la leçon que nous donne la théorie des formalités non substantielles se résume en ces quelques mots : un vice de forme ou de procédure ne doit pas nécessairement causer la perte, ni même la fragilisation de l'acte qu'il affecte. Mieux encore, il faut se souvenir de la ligne jurisprudentielle qui précise qu'une inobservation de formes ou procédures intrinsèquement substantielles peut, compte tenu des circonstances de l'espèce, n'hypothéquer aucunement l'avenir de la décision qui en a souffert³⁰⁶⁵. Point dès lors l'idée de transposer cette dynamique aux incidences de

³⁰⁶⁰ Cf. en particulier M. Ricard, "Les vices de formes et l'État de droit", *Etudes foncières* 1994, art. cit. p.11.

³⁰⁶¹ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³⁰⁶² Mélanges J-M. Auby, art. cit., p. 286.

³⁰⁶³ Rapport intitulé, "Le cas du droit de l'urbanisme", dans "L'État de droit au quotidien", *Les petites affiches*, 24/11/1993, n°141, p.52.

³⁰⁶⁴ Pour ne prendre qu'un exemple, c'est cette considération qui, comme on le sait, a notamment conduit le commissaire du gouvernement M. Pochard à proposer la restriction du principe dégagé par l'arrêt *Les Verts* relative aux actes non réglementaires originaires illégaux (revoir conclusions précitées, *Revue française de droit administratif* 1991, p.576).

³⁰⁶⁵ Voir par exemple C.E., Ass., 7/03/1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, p.179 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1976, p.208, note R. Hostiou (s'agissant d'une omission de prise d'avis) ; et C.E., 29/06/1990, *Dame Poncin*, p.818 (s'agissant d'une enquête publique d'expropriation inférieure à la durée légale).

l'exception d'illégalité : le juge aurait parfaitement le loisir de constater une irrégularité de ce type tout en précisant qu'elle a perdu toute portée sur l'acte qu'elle viciait à l'origine³⁰⁶⁶, tant il est vrai que "ce ne sont pas les formalités qui sont substantielles mais bien les illégalités elles-mêmes"³⁰⁶⁷. Une telle solution aurait le mérite de ne pas perturber inutilement l'action administrative, puisque l'autorité compétente ne serait pas tenue de procéder systématiquement au remplacement de l'acte "légèrement" illégal, mais se verrait au contraire autorisée à continuer sans risques à l'appliquer. Elle encourt toutefois l'objection évidente mettant en avant la vanité de la constatation opérée par le juge, la pauvreté de son influence sur le respect du principe de légalité. Faut-il pour autant lui préférer les constructions qui, à l'image de la loi Bosson, interdisent à l'administré de saisir valablement le juge de l'exception et privent celui-ci de toute possibilité de fustiger, au moins moralement, l'attitude initiale de l'administration ? Qu'il nous soit permis d'en douter.

B. L'obligation de régulariser ce qui peut l'être

Le deuxième type de modification envisageable de l'état du droit fait appel à l'idée de régularisation. Pareil système pourrait trouver sa place si la précédente proposition tendant à l'inactivation de certaines irrégularités n'était pas retenu, voire, dans le cas inverse, lorsque le juge estimerait l'illégalité constatée trop sérieuse pour être purement et simplement absoute, sans pour cela qu'elle revête un caractère rédhibitoire³⁰⁶⁸. Afin d'éviter les impasses auxquelles mènent la plupart des constructions jurisprudentielles actuelles -maintien dans l'ordre juridique d'un acte sur lequel on ne peut plus se fonder, avec le risque de vide textuel que cela comporte, jusqu'à une hypothétique correction ultérieure³⁰⁶⁹-, et plutôt que d'imaginer des pis-aller aussi variés que contestables³⁰⁷⁰, une solution simple consisterait, pour le juge, à assigner à l'autorité

³⁰⁶⁶ On pourrait ainsi imaginer une sorte de "prescription" de certaines irrégularités qui, susceptibles d'entraîner la chute de l'acte sur recours pour excès de pouvoir exercé contre lui, deviendraient impuissantes, au bout d'un certain temps, à fragiliser ledit acte. Soulignons que cette construction ne heurterait pas le principe qui impose l'appréciation de la légalité d'une décision à la date de son édicition (Cf. *supra* Partie I, Titre I, Sous-titre II), puisqu'il ne s'agit pas de nier que la décision incidemment contestée est viciée (ce qui continue à s'évaluer au jour de sa signature), mais simplement d'estimer que ce vice n'est plus de nature à lui préjudicier.

³⁰⁶⁷ G. Berlia, "Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs", *Revue du droit public* 1940, pp.370 s. et plus particulièrement p.374.

³⁰⁶⁸ Ce qui correspondrait en somme aux hypothèses dans lesquelles l'administration est autorisée, à la suite de l'annulation juridictionnelle de l'une de ses décisions, à réhabiliter la norme qu'elle porte (Cf. *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I).

On peut également penser que cette obligation de régularisation trouverait parfaitement à s'appliquer lorsque le texte incidemment contesté se révèle illégal car insuffisant en regard d'exigences supérieures (ce qui serait par exemple le cas d'un règlement transposant partiellement une directive européenne) Le juge pourrait ici s'inspirer de la jurisprudence communautaire en vertu de laquelle la C.J.C.E., après avoir constaté une irrégularité de ce type, se borne à renvoyer "aux institutions compétentes de la Communauté le soin de prendre les mesures nécessaires pour remédier à cette incompatibilité" et autorise le texte irrégulier, dans l'attente de cette régularisation, à continuer de produire ses effets (Cf. C.J.C.E., 19/10/1977, Ruckdeschel, aff. n°117/76 et 16/77, rec. p.1753 ; et, même jour, Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson et Providence agricole de la Champagne, aff. n°124/76 et 20/77, rec. p.1795 ; affaires respectivement plus connues sous les appellations "Quellmehl" et "Gritz"). A noter -car cela revêt une certaine importance pour les développements à venir- que la Cour a estimé que la régularisation qui a suivi méritait de recevoir un caractère pleinement rétroactif (Cf. C.J.C.E., 4/10/1979, Ireks-Arkady, aff. n°238/78, rec. p.2955).

³⁰⁶⁹ Voir *supra* les développements consacrés à la jurisprudence Bargain (Partie I, Titre I, Sous-titre II).

³⁰⁷⁰ Souvenons nous du principe dégagé par la jurisprudence Assaupamar (avec toutes les difficultés qu'elle a engendrées) et de la solution consacrée par la loi Bosson (qui comporte le risque de voir resurgir une réglementation totalement obsolète).

compétente un délai précis pour remédier à l'irrégularité qu'il a incidemment constatée^{3071 3072}. Durant ce laps de temps, l'administration serait ainsi autorisée à appliquer le texte reconnu illégal³⁰⁷³, à charge pour elle d'opérer la correction nécessaire avant la date butoir impartie par le jugement. En s'acquittant de cette obligation, elle validerait rétroactivement les différentes mesures édictées, depuis le jugement, sur la base de l'acte ainsi rectifié³⁰⁷⁴; en la négligeant, elle s'exposerait au contraire à voir celles-ci censurées par le juge de l'excès de pouvoir³⁰⁷⁵.

C. La censure automatique des actes irrémédiablement illégaux

Il est des illégalités que l'administration ne saurait corriger aussi facilement qu'un vice externe, voire, dans certains cas, une erreur de motifs : ce sont celles qui résultent de la contrariété objective de la norme qu'elle a édictée à la règle de droit. La forme de régularisation proposée plus haut s'avère à leur endroit totalement inexploitable, dans la mesure où l'on ne saurait justifier l'application -même provisoire- d'un acte intrinsèquement irrégulier, dans l'attente de l'édition d'une norme de remplacement. Dans cette hypothèse, l'obligation d'abroger le texte reconnu incidemment illégal trouverait donc à jouer, et rappelons à ce propos que nos vœux appellent une automaticité de cette contrainte³⁰⁷⁶. Il conviendrait en fait d'aménager le principe dégagé par les arrêts *Alitalia* et *Les Verts* en précisant que la compétence administrative d'abrogation d'un règlement ou d'un acte non réglementaire non créateur de droits irrégulier devient liée non seulement sur recours gracieux en ce sens d'un administré, mais également dès lors que le juge administratif³⁰⁷⁷ a reconnu l'existence d'un vice non régularisable. Mais un tel aménagement pose un double problème :

³⁰⁷¹ Cette proposition s'inspire des dispositions de la loi du 8 février 1995 qui permettent au juge de contraindre l'administration à prendre une décision dans un délai déterminé. Certes, le requérant doit ici déposer des conclusions à cette fin pour mettre en jeu le mécanisme, ce qui semblerait difficile dans le système que nous prônons. Mais le juge de la légalité devrait pouvoir s'affranchir assez aisément de cette condition. L. Blum lui-même ne proposait-il pas au Conseil d'État, en 1911, d'annuler "par voie d'antécédence" un acte incidemment reconnu illégal "à défaut de toute conclusion positive des parties" (conclusions sur C.E., 5/05/1911, Lacan, Lebon p.532) ? L'effort que nous sollicitons est nettement moindre, on en conviendra aisément !

³⁰⁷² Une telle solution imposerait évidemment une notification du jugement à l'autorité qui a édicté l'acte reconnu insciemment illégal, ce qui ne va pas forcément de soi (dans la mesure où elle n'était pas automatiquement partie au litige qui a révélé cette irrégularité, litige qui intéresse au principal une mesure d'application dudit acte).

³⁰⁷³ Une fois encore, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes peut être sollicitée afin de nous démontrer la viabilité d'une telle solution, dans la mesure où elle n'hésite pas à permettre le maintien en vigueur d'un texte déclaré illégal jusqu'à édition de nouvelles mesures (Cf. C.J.C.E., 29/08/1988, *Van Landschoot c/ Mera*, aff. n°100/86, res. p.3466 ; cité par P. Le Mire, "La limitation dans le temps des effets des arrêts de la C.J.C.E.", in *Mélanges R. Chapus*, p.367 (voir p.373)).

³⁰⁷⁴ Pour ceux qui s'inquièteraient d'un tel effet rétroactif, il convient de signaler qu'il n'y aurait là qu'un cas supplémentaire de régularisation *ab initio* d'un acte administratif (pour l'inventaire des différents cas, voir J.-J. Israël, *op. cit.* pp.218 s.).

³⁰⁷⁵ Sanction qui devrait à première vue dissuader l'administration de se dispenser de saisir la chance qui lui est donnée par le juge de l'exception.

³⁰⁷⁶ Voir Chapitre précédent.

³⁰⁷⁷ Du moins lorsqu'il s'agit, nous l'avons expliqué, d'une Cour administrative d'appel ou du Conseil d'État.

1 - Quelle sera la norme applicable jusqu'à l'édiction d'une norme de remplacement ?

Puisque le texte déclaré illégal par le juge serait, dans le système proposé, inéluctablement abrogé par l'autorité compétente, naît inmanquablement la question de savoir ce qui doit le remplacer pour assurer la transition entre celui-ci et la norme qui s'y substituera éventuellement à l'avenir. Or, en ce domaine, rien n'est sûr. Le disciple de R. Odent nous suggérerait sans aucun doute qu'une abrogation "remet en vigueur les textes que le texte abrogé avait lui-même abrogés"³⁰⁷⁸, et pencherait assurément de ce fait pour une généralisation de la solution "*Ordre des Architectes*"³⁰⁷⁹. Mais la position affichée par le Conseil d'État dans un récent rapport d'activités incite à une plus grande prudence³⁰⁸⁰, même si un arrêt d'Assemblée du 29 avril 1994, rendu dans une hypothèse proche, semble à première vue corroborer la thèse de la résurgence de la norme ancienne³⁰⁸¹. En réalité, les hésitations qui ont marqué la jurisprudence de ces dernières années témoignent de l'inanité de toute position de principe trop rigide sur ce point. Un certain nombre d'éléments d'espèce doivent entrer en ligne de compte avant de déterminer le droit transitoire applicable : tantôt, lorsque l'acte abrogé constituait une dérogation à une réglementation plus générale, le raisonnement *Commune de Boulazac/Assaupamar* méritera une nouvelle exploitation³⁰⁸²; tantôt, afin de combler le vide juridique issu de l'abrogation, l'on ne pourra guère faire l'économie de la résurgence de la norme ancienne. Ce dernier cas de figure ne peut cependant s'envisager qu'à la double condition que le texte antérieur ne soit ni irrégulier, ni obsolète, choses qu'il serait bon que le juge de l'exception

³⁰⁷⁸ *Contentieux administratif*, p.443. R. Odent s'appuie pour étayer son affirmation sur un arrêt Baron en date du 6 mars 1963 (rec. p.133).

³⁰⁷⁹ La critique que nous avons formulée à la proposition de B. Genevois en ce sens (Cf. Partie I, Titre I, Sous-titre II, in fine) serait ici inopérante, puisque la résurgence du texte ancien serait alors liée à l'abrogation par l'administration du texte reconnu illégal. Il n'y aurait ainsi aucune atteinte au principe qui interdit au juge de faire acte d'administrateur.

³⁰⁸⁰ "L'abrogation d'une disposition qui avait elle-même pour objet d'abroger un texte a-t-elle, à elle seule, pour effet de faire revivre ce dernier ? Le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de répondre par la négative pour une loi de codification qui procédait à l'abrogation des textes codifiés sans en excepter leurs articles finaux, qui avaient eux-mêmes, en leur temps, abrogé des dispositions antérieures. Il a confirmé cette position de principe en présence d'un article de la loi du 18 janvier 1994 qui se bornait à abroger un article de la loi du 27 janvier 1993 supprimant l'obligation, pour les mutuelles, de se garantir auprès d'une fédération mutualiste. Le Conseil d'État a estimé que cette obligation n'était pas pour autant rétablie, alors même que la seconde abrogation ne pouvait avoir, en l'espèce, un autre effet utile. S'agissant de la question de savoir si une disposition est ou non en vigueur, l'exigence de clarté doit en effet prévaloir, et il apparaît fort périlleux de s'en remettre au cas par cas à l'intention du législateur ou du pouvoir réglementaire. En exigeant que la remise en vigueur d'un texte abrogé soit explicite, le Conseil d'État entend contribuer à une meilleure lisibilité de notre droit" (Extrait du rapport 1994, *Etudes et documents du Conseil d'État* n°46).

³⁰⁸¹ Il s'agit de la solution adoptée par l'arrêt *Association Unimate 65* et autres précité, qui apparaît en contradiction totale avec les exigences de clarté juridique explicitées à la note précédente, puisqu'il décide que l'abrogation du retrait d'une D.U.P. a pu avoir valablement pour conséquence de rendre sa vigueur à cette dernière. La leçon de cette jurisprudence n'est pas aisée à tirer : faut-il considérer que l'abrogation d'un retrait (qui ferait revivre la norme retirée) n'a pas le même effet que l'abrogation d'une abrogation (qui n'aurait pas, quant à elle, cette vertu), distinction que rien ne semble justifier en théorie ? Ou bien sommes-nous ici en présence d'une solution ponctuelle, intimement liée au régime de la D.U.P. ? Les conditions qui entourent la permission jurisprudentielles, toutes empruntées aux spécificités de la matière (Cf. la chronique précitée C. Maugué et L. Touvet, *Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.368) conduisent inexorablement à privilégier cette dernière interprétation.

³⁰⁸² Par analogie, on pourrait par exemple considérer qu'un règlement déclaré incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire (et devant être dès lors abrogé) laisse place à cette dernière, du moins lorsqu'elle est suffisamment précise, pour combler le vide juridique qui en résulte. Un tel raisonnement, contesté par N. Chahid-Nourai, au nom de l'absence d'effet direct des directives (conclusions précitées sur l'arrêt *Alitalia*, *Revue française de droit administratif* 1989, p.773), a été défendu par la doctrine (voir en particulier D. de Béchillon, *Revue du droit public* 1991, art. cit. p.773, note 34 ; voir également chronique J.-H. Stahl et D. Chauvaux précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.501, qui rappelle que telle est la position de la C.J.C.E. (adoptée le 22/06/1989 dans l'arrêt *Fratelli Costanzo*, rec. p.1839)).

appréciât, dans la mesure du possible, quand il est amené à déclarer illégale une décision³⁰⁸³. Si ces conditions ne sont pas remplies, il appartiendra à l'autorité compétente de se hâter de confectionner l'acte de remplacement de la mesure abrogée afin de ne pas se trouver trop longtemps démunie de règles applicables.

2 - Le juge doit-il prévoir un délai pour l'édition d'une norme de remplacement ?

Le problème ne se pose que dans l'hypothèse où l'abrogation qui succède à la déclaration d'illégalité entraîne un vide juridique total que l'administration a compétence liée pour combler³⁰⁸⁴. En vue d'illustrer cette hypothèse, le contentieux des directives communautaires peut, une fois encore, être mis à contribution. Soit un règlement déclaré incidemment illégal car incompatible avec les objectifs d'une telle norme. Dans une pareille occurrence, force est d'admettre que "l'obligation d'abroger - qui résulterait de cette décision - se transmuterait en fait en une obligation de réglementer raisonnablement dans le sens indiqué par la directive"³⁰⁸⁵. Rien ne s'opposerait alors, à l'instar de ce que nous avons préconisé plus haut en matière de régularisation des vices externes, à ce que le juge assigne à l'autorité compétente un délai pour ce faire³⁰⁸⁶. Il convient en effet d'insister sur le fait qu'une telle solution, bien que proche d'une logique d'injonction, n'altère pas le principe qui interdit au juge de faire acte d'administrateur, dans la mesure où ce n'est pas lui, mais bien la norme communautaire, qui crée l'obligation de réglementer. Et n'oublions pas l'arme de l'astreinte, on le sait depuis l'arrêt *Soulat*³⁰⁸⁷, se révèle efficace pour sanctionner toute velléité de l'autorité réglementaire à ne pas respecter le délai qui lui est imparti pour édicter la mesure réclamée par la règle de droit et par le jugement.

³⁰⁸³ Ne nous leurrions pas, un tel contrôle n'est envisageable qu'à l'égard des illégalités ou des anachronismes manifestes de la norme ancienne, sauf à alourdir exagérément le travail juridictionnel. Mais l'administration pourra bien sûr d'elle-même se refuser à appliquer une norme qu'elle estime inadaptée à la nouvelle conjoncture. Nous retrouverons tous ces points en établissant un parallèle avec les résurgences dues au prononcé d'une annulation, *infra*, Section 2.

³⁰⁸⁴ C'est-à-dire lorsqu'aucune décision ancienne ne peut avantageusement se substituer à la norme irrégulière, et qu'un texte impose à l'administration de réglementer la matière.

³⁰⁸⁵ D. de Béchillon, *Revue du droit public* 1991, *art. cit.*, p.773.

³⁰⁸⁶ Il s'agirait bien sûr d'un "délai raisonnable" apprécié au cas par cas par la juridiction en fonction de la difficulté d'élaboration du texte.

³⁰⁸⁷ Voir *supra*, Partie II, Titre II, Sous-titre I.

Paragraphe 2. Déraider les effets de l'exception sur l'acte pris en application de la décision déclarée illégale

L'habitude aveugle parfois, faisant passer pour incontournables des réalités qui, pourtant, procèdent à l'origine d'un choix réfléchi. Le domaine des effets de la déclaration d'illégalité n'a pas été épargné par ce phénomène ; mais l'élargissement de notre horizon juridique suffit à le mettre en lumière. Après l'avoir démontré, nous tenterons de tirer des leçons de ces perspectives nouvelles.

I - Mise en évidence des rigidités de la conception française du mécanisme

A. La logique de la bipolarité, bien qu'elle ait été légèrement mise à mal depuis un certain nombre d'années³⁰⁸⁸, continue incontestablement à gouverner notre vision de l'exception d'illégalité. Deux de ses implications vont ici particulièrement retenir notre attention :

1 - L'effet relatif de chose jugée constitue la première. Il n'est certes pas question de revenir en détail sur ce point qui a été longuement développé et critiqué plus haut³⁰⁸⁹. On se contentera, dans le cadre des présents développements, de relever l'anomalie de la réponse qu'il apporte aux préoccupations qui l'ont provoquée. Le souci majeur du juge, lorsqu'il constate l'illégalité d'une mesure alors que les délais contentieux ouverts à son encontre sont expirés, est de faire en sorte que son appréciation n'engendre pas de perturbations excessives sur les situations que cet acte a pu engendrer depuis son édicition ; en d'autres termes, il ne souhaite pas conférer à la déclaration d'illégalité un effet rétroactif semblable à celui qui s'attache à un jugement d'annulation³⁰⁹⁰. A ce problème de portée dans le temps de la décision juridictionnelle, le droit français répond curieusement en limitant sa portée dans l'espace : la constatation de l'irrégularité intéressera les seules parties au litige l'ayant suscitée ; ainsi, les administrés qui ont pu bénéficier d'une application antérieure du texte illégal ne verront pas leur situation bouleversée. S'il est indéniable que "plus l'effet *erga omnes* d'une décision de justice est affirmé ou étendu, plus le risque qu'elle bouleverse des situations nées et établies dans le passé est considérable"³⁰⁹¹, la solution privilégiée apparaît cependant regrettable dans la mesure sa généralité dépasse largement le but qu'elle s'était fixé : voulant simplement s'opposer à la remise en cause de situations cristallisées, elle interdit corrélativement -et malencontreusement- au juge de s'appuyer directement sur une déclaration d'illégalité initiale dans des litiges qui ne sauraient revendiquer cette protection, c'est-à-dire ceux qui visent des concrétisations non encore définitives de l'acte convaincu d'irrégularité ou, mieux encore, ceux qui naîtront d'éventuelles applications ultérieures de celui-ci en méconnaissance de la jurisprudence *Ponard*.

³⁰⁸⁸ Cf. supra, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

³⁰⁸⁹ Voir en particulier au Chapitre précédent.

³⁰⁹⁰ Le problème se pose en effet nécessairement. Comme le fait pertinemment remarquer A. Trabucchi, "une solution rendue dans l'abstrait soulève la question de sa rétroactivité comme une conséquence naturelle. (...) La décision (...) qui tranche une question de validité ou d'interprétation de la règle de droit étend-elle également le domaine de son efficacité aux situations qui se sont créées auparavant ?" (*Revue trimestrielle de Droit européen* 1974, art. cit. p.62).

Dans le même sens, voir H. Labayle (*Revue trimestrielle de Droit européen* 1982, art. cit. p.504) : "On ne peut éviter que la constatation de l'invalidité, certes avant tout constitutive de droit nouveau, soit cependant déclarative d'un droit antérieur".

³⁰⁹¹ J. Mertens de Wilmars, art. cit. p.296.

2 - La deuxième implication de notre vision bipolaire de l'exception d'illégalité peut être présentée sous l'appellation de "dogme de l'utilité directe" de celle-ci. Sous cette formule apparemment sibylline se cache en réalité une règle fort simple à énoncer : la constatation incidente de l'irrégularité d'un acte administratif aboutit inévitablement à la censure de la mesure contestée au principal. Si le requérant réussit à démontrer l'illégalité de la décision qui conditionne celle dont il poursuit l'annulation, on estime qu'il doit tout naturellement en récolter les fruits. Tout compte fait, il est le seul à bénéficier directement³⁰⁹² de la rétroactivité de la déclaration d'illégalité³⁰⁹³, mais il en bénéficie automatiquement.

B. Les conceptions qui viennent d'être rappelées s'avèrent si familières au juriste français qu'elles peuvent lui paraître les seules viables. Mais il suffit de tourner son regard vers l'extérieur de nos frontières pour que s'estompe cette illusion. Sans prétendre adopter une démarche comparatiste, nous nous permettons d'examiner ici les solutions adoptées dans le domaine étudié par le droit communautaire, droit dont l'exemplarité sur les règles internes aux États membres n'est plus à prouver :

1 - L'évocation de la jurisprudence "*International Chemical Corporation*" nous a déjà renseignés sur l'effet absolu qu'attache la Cour de justice à ses déclarations d'invalidité³⁰⁹⁴. Par là-même, on se rend compte que ce n'est pas par une restriction de la portée dans l'espace de ce type de constatation que cette juridiction a entendu assurer la sécurité juridique des personnes qui avaient pu bénéficier, au préalable, d'une application du règlement désormais reconnu vicié. Il ne faudrait pas croire pour autant que toute préoccupation de stabilité a été de ce fait balayée. Au contraire, la Haute instance européenne s'est montrée extrêmement sensible à ce genre de considérations, au point qu'elle a, au travers d'une ligne jurisprudence très volontariste, voire audacieuse, adopté un système original destiné à les satisfaire. Sa source d'inspiration, la Cour l'a trouvée dans le Traité de Rome lui-même, et plus précisément aux articles qui organisent les effets de l'annulation contentieuse. Si le premier alinéa de l'article 174 du texte fondateur de la C.E.E. stipule que la nullité prononcée par le juge communautaire agit *ex tunc* - en d'autres termes, l'acte est censuré rétroactivement et, comme en droit français, réputé n'avoir jamais existé -, les signataires avaient en effet pris soin, au travers du second alinéa du même article, d'autoriser la Cour à tempérer cette règle : lorsque l'annulation d'un règlement lui semble de nature à perturber trop gravement certaines situations passées, cette disposition lui permet d'indiquer "ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs". Oubliant que ce système avait été originellement prévu pour les seuls arrêts d'annulation, la Cour de justice a considéré pouvoir appliquer une logique analogue en matière de déclaration d'invalidité par trois décisions en date du 15 octobre 1980 qui firent grand bruit à l'époque³⁰⁹⁵. A

³⁰⁹² D'autres pourront en bénéficier éventuellement dans le cadre prévu par l'article 2 du décret de 1983 ; mais on connaît les limites de cette procédure (voir *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II).

³⁰⁹³ Il y a effectivement rétroactivité dans la mesure où la constatation d'illégalité va avoir des incidences sur la situation du requérant constituée antérieurement à sa survenance. Dans la terminologie employée notamment en contentieux communautaire, il s'agirait donc d'un d'effet "*ex tunc*" limité au requérant.

³⁰⁹⁴ Cf. Chapitre précédent.

³⁰⁹⁵ C.J.C.E., 15/10/1980, Providence agricole de champagne, aff. n°4/79, rec. p.2823 ; Maïseries de Beauce, aff. n°109/79, rec. p.2883 ; Roquette frères, aff. 145/79, rec. p.2917 ; conclusions communes de l'avocat général Mayras, rec. p.2855.

Nous ne reviendrons pas en détail ici sur les données de ces affaires, abondamment commentées et critiquées (voir en particulier l'article précité de G. Isaac (Cahiers de Droit européen 1987, p.444), qui les retrace et rappelle la littérature qu'elles ont engendrée).

l'origine critiquée³⁰⁹⁶, ce raisonnement semble avoir été par la suite mieux accepté par la doctrine³⁰⁹⁷, et il faut désormais le ranger au nombre des solutions définitivement acquises³⁰⁹⁸. La juridiction communautaire dispose ainsi d'une grande marge de manœuvre pour limiter les conséquences pour le passé d'une déclaration d'illégalité, et ce en dépit de l'effet *erga omnes* qu'elle lui a reconnu : il lui est loisible par exemple de considérer, dans un souci de sécurité juridique, que la rétroactivité de sa décision ne doit bénéficier qu'au seul requérant dans le litige qui l'a entraînée ou aux seuls recours et réclamations similaires déjà introduits³⁰⁹⁹, et de préserver ainsi les autres situations qui ont pu naître sur le fondement du règlement illégal.

2 - Le pouvoir de modulation dans le temps des effets d'une constatation d'illégalité que s'est arrogé et qu'exerce effectivement la Cour de justice comporte une facette nettement plus révolutionnaire en regard des standards français sus-rappelés : il l'autorise en effet à décider que son appréciation ne joue pleinement que pour l'avenir (*ex nunc* dans la terminologie communautaire), ce qui revient à priver le requérant l'ayant sollicitée des retombées positives qu'il en espérait. Consacrée par les trois arrêts du 15 octobre 1980, la solution devait être clairement confirmée le 27 février 1985, dans la décision "*Société des produits de maïs*"³¹⁰⁰. On mesure l'audace d'un tel raisonnement, et les dangers qu'il fait peser sur l'effectivité des recours. Un administré ne soulève généralement pas un moyen de légalité pour éprouver la "satisfaction toute platonique"³¹⁰¹ de voir celui-ci accueilli par le juge. Que la solution ait été critiquée par la doctrine et refusée par la plupart des juridictions françaises³¹⁰² n'étonnera guère, dès lors. Cependant, la réaction négative enregistrée ne doit pas être complètement agréée. Elle ne se comprend que dans la mesure où, au travers des premiers arrêts, la Cour semblait s'octroyer une prérogative totalement inconditionnée³¹⁰³, soupçon que l'évolution ultérieure a dissipé³¹⁰⁴. En

³⁰⁹⁶ Il faut souligner qu'on reprochait moins à la Cour la solution à laquelle elle était parvenue (même si certains auteurs regrettaient également celle-ci, tel en particulier L. Boulouis (Cf. note sous T.I. Lille, 15/07/1981, S.A. Roquette Frère c/ Adm. des Douanes, *Dalloz* 1982, p.9)) que le raisonnement qui lui avait permis d'y parvenir, à savoir la méthode analogique (Cf. notamment H. Labayle, *art. cit.*).

³⁰⁹⁷ Du fait notamment que la Cour a abandonné le raisonnement analogique initial (par rapport à l'article 174 du Traité C.E.E.) au profit de l'idée de cohérence des différentes voies de détermination de la légalité communautaire. Sur ce problème, voir notamment G. Isaac, *art. cit.* pp. 457 s..

³⁰⁹⁸ C'est par exemple l'avis de l'avocat général Lentz, pour qui "cette question de principe doit être considérée comme réglée" (conclusions sur C.J.C.E., 22/5/1985, *Fragd*, rec. p.1613).

³⁰⁹⁹ Voir la formule de principe issue de l'arrêt C.J.C.E., 27/02/1985, *Société des produits de maïs*, aff. n°112/83, rec. p.719 : "il appartient (...) à la Cour, au cas où elle fait usage de la possibilité de limiter l'effet dans le passé d'une constatation d'invalidité dans le cadre de l'article 177, de déterminer si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps, conférée à son arrêt, 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 contestation de l'invalidité (...)".

Pour un exemple concret de rétroactivité limitée aux recours déjà introduits, voir C.J.C.E., 15/01/1986, *Pinna c/ C.A.F. de Savoie* aff. n°41/84, rec. p.28.

³¹⁰⁰ Arrêt précité. La Cour s'autorise à indiquer si, "même pour des opérateurs économiques qui auraient pris en temps utiles des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat", ce qu'elle applique concrètement au cas d'espèce. Pour un autre exemple, voir C.J.C.E. 22/05/1985, *Société Fragd* (arrêt précité).

³¹⁰¹ Note J. Boulouis précitée, *Dalloz* 1982, p.11.

³¹⁰² Outre le jugement du T.I. de Lille précité, Cf. T.A. Orléans, 23/02/1982, *Lebon* p.471 ; et surtout C.E., S. 26/07/1985, O.N.I.C., p.233 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.536, chronique S. Hubac et E. Schoettl ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1986, p.145, conclusions B. Genevois ; ainsi que C.E., 13/06/1986, O.N.I.C. ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1986, p.533, conclusions J.-C. Bonichot.

Seule la Cour de cassation a accepté de suivre le raisonnement de la C.J.C.E. (Cf. Cass. Com., 10/12/1985, *Administration des Douanes c/ S.A. Roquette Frères* ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1986, p.269, note J.B. ; *Dalloz* 1986, p.250, note G. Le Tallec ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1986, p.161, note J.-C. Masclet.

³¹⁰³ Cette crainte s'appuyait sur deux éléments :

revanche, on ne saurait valablement, comme l'a fait notamment le Conseil d'État, affirmer qu'il ne ressortissait pas à la compétence de la juridiction européenne d'évaluer les effets dans le temps de la déclaration d'illégalité qu'elle a prononcée. M. Masclat a parfaitement raison de souligner que "les effets dans le temps d'une règle juridique sont indissolublement liés à la règle à laquelle ils s'incorporent. (...) Le juge de la légalité n'excède pas sa compétence lorsqu'il indique l'étendue de cette légalité"³¹⁰⁵. Même s'il s'inscrit en totale contradiction avec la pratique usuelle française, le raisonnement de la Cour de justice aboutissant à reconnaître un simple effet pour l'avenir à une déclaration d'irrégularité s'avère donc juridiquement défendable³¹⁰⁶.

Les différentes tendances de la jurisprudence communautaire qui viennent d'être évoquées, si elles ne sont évidemment pas transposables telles quelles en raison des multiples connotations spécifiques au droit européen qu'elles comportent, peuvent en revanche fournir matière à réflexion dans l'optique d'éventuelles modifications de notre état du droit.

II - Les assouplissements envisageables

Tirant les enseignements de l'exemple communautaire, pourquoi le juge administratif français ne s'affranchirait-il pas, lorsque nécessaire, de ses conceptions traditionnellement inflexibles ? Nous organiserons nos propositions autour du clivage qui régissait le paragraphe précédent, c'est-à-dire en prenant fondamentalement en compte la gravité de l'irrégularité incidemment constatée.

- un rapprochement avec les solutions admises dans le contentieux de l'interprétation, où la Cour s'autorisait également à conférer un simple effet *ex nunc* à son arrêt, mais précisait expressément qu'elle n'exerçait cette prérogative qu'"à titre exceptionnel" et en vertu d'"impérieuses considérations de sécurité juridique" (C.J.C.E., 8/04/1976, Defrenne, aff.43/75, rec. p.455 ; et 27/03/1980, Salumi et (même jour) Denkvit Italiana, aff. n°128/79 et 61/79, rec. p.1260 et 1223). Or ces conditions n'avaient pas été reprises dans les arrêts du 15 octobre 1980.

- en outre, il apparaissait que, dans les premiers arrêts désirant empêcher les requérants de tirer avantage de la déclaration d'invalidité, la motivation réelle de la Cour reposait plus sur des considérations bassement pécuniaires que sur des justifications de sécurité juridique (voir notamment J.-C. Masclat, note précitée, *Revue trimestrielle de Droit européen* 1986, p.175, et le parallèle qu'il établit sur ce point avec l'arrêt Defrenne).

³¹⁰⁴ Déjà sensible dans l'arrêt Société des produits de Maïs, cet évolution a été "spectaculeusement confirmée dans l'arrêt Pinna (précité) où la Cour (...) reprend, bien qu'il s'agisse cette fois d'une déclaration d'invalidité, quasiment mot pour mot son arrêt Defrenne de 1976" (G. Isaac, *art. cit.* p.465). Désormais, on peut donc penser que la Cour ne privera un requérant du bénéfice d'une déclaration d'illégalité qu'à titre exceptionnel et seulement si d'impérieuses considérations de sécurité juridiques le justifient.

³¹⁰⁵ Note précitée, p.169.

Le Conseil d'État effectuait sur ce point un amalgame entre la détermination de la règle applicable (qui inclut la fixation de ses effets dans le temps) et l'application de la règle (qui consiste à en tirer les conséquences sur le plan pratique) : en conférant un effet *ex nunc* à sa déclaration d'invalidité, la Cour n'a fait que tracer les contours de la légalité communautaire, même si son arrêt a pour conséquence d'intimer à la juridiction de renvoi de ne point donner satisfaction au requérant.

³¹⁰⁶ Il d'ailleurs partagé par la Cour européenne des droits de l'homme : Cf. notamment C.E.D.H., 13/06/1979, Marck, Rec. vol. 31-26, alinéa 58 (affaire dans laquelle la Cour estime que, bien qu'auteur d'une législation discriminatoire à l'égard des enfants naturels violant la Convention européenne des droits de l'homme, l'état belge, pour des raisons de sécurité juridique, était dispensé de remettre en cause des actes ou des situations juridiques antérieurs au rendu de l'arrêt).

A. La modulation des effets d'une déclaration d'illégalité sur les mesures édictées en application du texte qui en fait l'objet ouvre des perspectives particulièrement intéressantes dans les deux premières hypothèses que nous avons alors distinguées :

1 - Quand l'acte argué d'illégalité s'avère à l'examen entaché d'un vice bénin, nous avons plaidé pour une inactivation de ce dernier à l'égard de l'acte qu'il affectait. Il paraît tout à fait logique d'adopter un raisonnement similaire pour les mesures qu'il a pu fonder : si le juge estimait la gravité de l'entorse à la règle de droit insuffisante à fragiliser l'acte-base, aucune raison valable ne justifierait la chute de ses actes-conséquences, fût-ce celui dont le requérant, en soulevant ce moyen incident, poursuivait l'annulation. Qui plus est, on doit admettre que l'administration, autorisée à poursuivre l'exploitation du texte faiblement irrégulier, serait également à l'abri de toute censure pour ce motif des concrétisations ultérieures au jugement qu'elle estimerait devoir lui donner.

2 - L'exposé de l'hypothèse dans laquelle le juge pousserait l'autorité compétente à régulariser l'acte dont il reconnaît l'illégalité nous a déjà permis d'entrapercevoir le sort qu'il conviendrait d'y réserver aux mesures édictées sur sa base : leur avenir -y compris celui de la mesure attaquée au principal dans le litige ayant donné au juge l'occasion de se prononcer-serait en quelque sorte "suspendu" au comportement de l'administration, laquelle, en se pliant aux prescriptions du jugement, détiendrait la capacité de les valider rétroactivement. Pareille construction présenterait l'avantage ne sanctionner qu'en dernière extrémité des décisions que l'administration a de toute façon, si elle le désire, le loisir de réédicter après régularisation de l'acte qui les a fondées.

B. Reste la troisième configuration, celle dans laquelle l'acte n'est pas régularisable. L'inspiration du contentieux communautaire n'aboutit nullement ici à bouleverser de fond en comble l'économie du système qui existe aujourd'hui, même si, encore une fois, notre souhait va à la reconnaissance de l'effet absolu de la déclaration d'illégalité. En conférant à cette dernière une telle portée, on autorise simplement le juge à se fonder directement sur elle pour statuer sur le sort des décisions d'application de l'acte qu'elle intéresse : seules seront donc concernées les mesures prises antérieurement à l'arrêt ayant révélé l'irrégularité de leur acte-base qui n'avaient pas acquis un caractère définitif³¹⁰⁷, et celles que l'administration pourrait être tentée de prendre, au mépris de tous les principes, ultérieurement audit arrêt. Est-il inenvisageable d'aller légèrement plus loin dans la reproduction de l'attitude du juge communautaire, et de doubler cette modification de la portée dans l'espace d'une déclaration d'illégalité d'un aménagement de la détermination de ses effets dans le temps ? Assurément, les raisonnements tenus par la Cour de justice en ce domaine sont étrangers à notre tradition contentieuse³¹⁰⁸, et l'hostilité que leur ont manifestée nos juridictions atteste clairement que les

³¹⁰⁷ Autrement dit, l'effet absolu de la déclaration d'illégalité n'engendrerait aucun risque de perturbation de situations cristallisées, donc de remise en cause de droits acquis.

Pour les mesures prises en application de l'acte reconnu illégal qui ne seraient plus susceptibles de recours pour excès de pouvoir, on devrait en outre admettre le *statu quo*, c'est-à-dire le système organisé par l'article 2 du décret de 1983, qui, on le sait, ménage lui aussi les droits acquis (Cf. Partie I, Titre II, Sous-titre II).

³¹⁰⁸ Cette remarque est essentiellement valable pour les limitations *ratione temporis* de la portée d'une illégalité incidemment constatée ; on peut en effet relever au contraire dans la jurisprudence du Conseil d'État des exemples de restrictions *ratione materiae* (voir notamment P. Weil, *op. cit.* p.192, citant le cas d'un règlement illégal car interdisant trop généralement des processions religieuses, mais dont l'irrégularité avait été jugée sans influence sur le refus opposé, sur sa base, à une cérémonie qui n'était pas consacrée par les usages locaux. Pour expliquer cette solution, P. Weil reprend P.-L. Josse, qui montrait que le règlement en cause n'était pas illégal en tant qu'il visait les processions non traditionnelles).

mentalités y demeurent imperméables³¹⁰⁹. Pourtant, ménager au juge un pouvoir de limiter "à titre exceptionnel" et pour d'"impérieuses considérations de sécurité juridique" les incidences dans le passé d'une constatation d'illégalité, lui permettre, si nécessaire, de priver le requérant du bénéfice direct de l'accueil du moyen incident qu'il a formé³¹¹⁰, présenterait semble-t-il quelques avantages non négligeables que nous allons nous employer à démontrer.

III - Les avantages à attendre de tels assouplissements

On pourrait être tenté de croire vaines, à première vue, les propositions tendant à autoriser le juge à déconnecter la reconnaissance indirecte de l'irrégularité d'un texte des incidences qu'une telle appréciation entraîne habituellement sur les mesures que cet acte avait fondées. N'y a-t-il pas là une construction intellectuelle purement gratuite, sans aucun avenir autre que théorique ? Nous ne le pensons pas. Sachant que son appréciation n'impliquerait pas nécessairement la remise en cause de situations déjà créées (pas même, s'il le fallait, celle du requérant), la juridiction administrative se montrerait peut-être plus compréhensive qu'elle ne l'est aujourd'hui en ce qui concerne la recevabilité et l'utilité de l'exception, ce qui perfectionnerait indéniablement cette voie de droit dont on connaît le rôle primordial dans le contrôle de légalité³¹¹¹. Deux exemples très concrets éclaireront cette affirmation :

* La possibilité de conférer exceptionnellement un strict effet *ex nunc* aux déclarations d'illégalité autoriserait le juge à moins de circonspection quant à la recevabilité de l'exception. Cela se vérifierait en particulier à l'égard de certains actes non réglementaires définitifs. Reprenons l'exemple du découpage cantonal, évoqué par l'arrêt *Elections cantonales de Chauffailles*, qui a décidé que "l'auteur d'une protestation dirigée contre les opérations électorales en vue de la désignation d'un conseiller général n'est recevable à invoquer, à l'appui de cette protestation, l'illégalité de l'acte par lequel il a été procédé à la délimitation de la circonscription cantonale que si ledit acte n'est pas devenu définitif"³¹¹². Pareille solution est largement motivée par la crainte de l'instabilité que ferait naître une éventuelle déclaration d'illégalité du découpage cantonal sur le fonctionnement des conseils généraux, crainte que M. Pochard, dans ses conclusions, résumait en une interrogation : "dès lors que le découpage d'un canton aura été déclaré illégal sur la base d'une inégalité démographique d'une ampleur manifeste entre ce canton et d'autres cantons, la situation de ces autres cantons et de leurs élus

³¹⁰⁹ Voir notamment la virulence des formules employées par le Tribunal d'Instance de Lille (jugement précité) : "c'est sans fondement légal qu'après avoir interprété le droit communautaire afin de répondre aux questions préjudicielles, la Cour, qui avait épuisé sa compétence, a pris l'initiative d'ajouter à la consultation ainsi délivrée une observation basée sur un texte inapplicable à la situation considérée. Loin d'apparaître comme une précision supplémentaire utile à son œuvre d'interprétation, l'initiative de la Cour se présente comme une manifestation délibérée d'un choix faisant prévaloir le principe de la sécurité juridique sur celui de la légalité (...)".

Voir également la réaction du Conseil d'État, qui, si elle peut partiellement s'expliquer par la méfiance qu'il témoignait à l'époque envers la juridiction européenne, montre tout autant sa perplexité devant le raisonnement juridique tenu : "... si la Cour de justice a ajouté à la réponse qu'elle a ainsi donnée à la question dont elle était saisie la mention que "l'invalidité" constatée ne devrait pas avoir d'effet (...) pour la période antérieure à la date de l'arrêt, cette appréciation, qui n'entre pas dans les limites de la question posée par le juge du fond, ne pouvait s'imposer à celui-ci avec l'autorité de la chose jugée" (arrêt du 27/02/1985 précité).

³¹¹⁰ Ce qui suppose évidemment qu'il y procède d'office (même si, comme on le voit dans l'extrait de l'arrêt du 27/02/1985 reproduit à la note précédente, ce caractère semble incommoder le Conseil d'État), car on voit mal le requérant proposer pareille limitation !

³¹¹¹ A tout prendre, en effet, il est préférable de soumettre au juge de la légalité un nombre plus élevé d'actes administratifs, quitte ensuite à n'envisager qu'une sanction future de l'illégalité constatée (notamment par l'entremise d'une obligation d'abrogation ou de modification), plutôt que de voir les juridictions compétentes se refuser à tout contrôle dans un souci de stabilité juridique.

³¹¹² Arrêt précité.

ne va-t-elle pas se trouver elle-même compromise et avec elle celle de tout le conseil général ?³¹¹³. On mesure ici l'intérêt que présenterait le pouvoir de moduler *ratione temporis* les effets d'une constatation d'illégalité : plutôt que de se décharger de sa mission de dire le droit dans le but de ne pas mettre à mal la stabilité de situations déjà fixées, le juge aurait alors tout loisir d'effectuer le contrôle qui lui incombe - et d'inciter, le cas échéant, l'administration à modifier le découpage devenu illégal - sans avoir à se préoccuper des répercussions de sa décision, l'effet *ex nunc* garantissant les scrutins passés de tout bouleversement malencontreux.

* Certaines solutions restrictives intéressant cette fois l'utilité de l'exception seraient également à même d'être révisées si le juge se voyait investi des prérogatives proposées. A l'occasion de l'étude de l'arrêt *Association des centre E. Leclerc*³¹¹⁴, nous avons déjà fait remarquer en quoi l'exigence d'une "mesure d'application" peut parfois s'avérer exagérément limitative : un administré est souvent poussé à réagir contre un acte non pas dès l'édition de celui-ci (pour peu qu'il contienne des normes trop abstraites ou ne préjudiciant pas de prime abord à ses intérêts) mais seulement après qu'une mesure postérieure sera venue en préciser ou modifier le contenu. Sans faire preuve d'un don de divination extraordinaire, on peut supposer que le juge serait plus enclin à assouplir les règles qu'il s'impose traditionnellement en la matière³¹¹⁵ - et donc à autoriser plus largement les requérants à solliciter le contrôle indirect de légalité - si la disjonction entre constatation incidente d'illégalité et bénéfice du requérant au principal n'était pas étrangère à ses mœurs.

SECTION 2. UNE SOURCE D'INSPIRATION POUR D'AUTRES PROCEDES

Il serait dommage de cantonner au domaine de la déclaration d'illégalité *stricto sensu* les évolutions que nous souhaiterions voir se produire au stade de ses conséquences. Celles-ci paraissent pouvoir en effet insuffler une dynamique nouvelle à quelques techniques contentieuses préexistantes, voir inspirer certaines formes de contrôle qui demeurent à créer. Il s'agira de puiser tantôt dans les incidences de la décision du juge sur l'acte qu'elle reconnaît irrégulier, tantôt dans celles qu'elle peut produire sur la chaîne d'actes illégaux qui s'y rattache, afin d'estomper nombre d'insuffisances qu'on déplore trop souvent aujourd'hui.

Paragraphe 1. Un exemple pour l'annulation elle-même

Si l'éventualité de confier au juge un pouvoir de régulation des effets de la décision qu'il prononce nous a déjà séduit dans le domaine de l'exception, la transposition de cette logique en matière d'annulation - dont les conséquences apparaissent a priori bien plus vigoureuses - possède des charmes encore supérieurs. Les obstacles que constituent les idées reçues s'avèrent toutefois tout aussi redoutables ici qu'ils le sont pour la simple déclaration d'irrégularité. Employons-nous à les abattre.

³¹¹³ Conclusions précitées, p.585. Même si le commissaire du gouvernement s'est ensuite évertué à démontrer à la Section du contentieux que cette crainte apparaissait largement infondée, il n'a manifestement pas réussi à dissiper totalement l'incertitude qu'aurait fait peser l'admission de la recevabilité du moyen en l'état actuel du droit.

³¹¹⁴ Cf. *supra*, Partie I, Titre II, Sous-titre II.

³¹¹⁵ Dans une mesure plus large que celle qu'il a consentie dans l'affaire Leclerc. Notamment, par exemple, comme le suggérait le commissaire du gouvernement P. Hubert, lorsque l'acte modificatif étend le champ d'application de l'acte prétendument illégal (Cf. conclusions précitées, p.507).

I - La disparition rétroactive de l'acte annulé n'est pas une fatalité

Qui dit annulation d'un acte administratif sous-entend disparition *ab initio* de celui-ci. Cette logique quasi axiomatique a conditionné une grande partie de notre contentieux administratif. Mais y a-t-il réellement là une vérité implacable, irrésistible ? Rien n'est moins sûr. En oubliant quelque peu les réflexes élémentaires que les présentations didactiques traditionnelles ont su nous faire acquérir, nous tenterons de démontrer que certaines situations sont de nature à justifier une mise à l'écart de la rétroactivité destructive de l'annulation.

A. Des considérations tenant à la gravité de l'illégalité constatée pourraient plaider en faveur d'un aménagement de la règle classique

1 - L'évocation des techniques permettant au juge de l'annulation d'anesthésier un certain nombre d'irrégularités soumises à son contrôle³¹¹⁶ a permis de mettre en exergue la sensibilité de celui-ci au poids de l'erreur commise par l'administration : lorsque le vice qu'il est amené à constater lui semble sans portée - en raison de son caractère véniel ou de la compétence liée de l'autorité en cause à édicter l'acte litigieux -, il n'hésite pas à œuvrer de manière à ne pas devoir prononcer une censure inutile. On devine les risques que comporte pareille attitude. L'administration, sûre de ne pas encourir les foudres juridictionnelles, peut se montrer désinvolte dans l'édiction d'une décision qu'elle est tenue de prendre, considération qui a conduit MM. Auby et Drago à estimer que l'annulation contentieuse d'un acte obligatoire présenterait parfois un certain intérêt, ne serait-ce qu'en tant que censure morale³¹¹⁷. Dans un tel cas de figure, ne pourrait-on dès lors imaginer une solution médiane, consistant pour le juge à annuler l'acte qui lui est déféré sans pour autant donner à sa décision le plein effet qu'elle revêt en temps normal ? Cela reviendrait par exemple à priver la censure juridictionnelle de sa portée rétroactive, avec sa cohorte d'incidences négatives sur les situations déjà engendrées par la mesure irrégulière. Seraient par suite conciliées les exigences contradictoires de réprobation des comportements faiblement irréguliers et d'innocuité de la sanction qui les frappe.

2 - Cette modulation des effets dans le temps de l'annulation semble exploitable bien au-delà des limites de la précédente hypothèse, dont la portée, avouons-le, apparaît presque anecdotique. De nombreuses illégalités que le juge ne saurait corriger de lui-même - car insuffisamment bénignes ou ne s'inscrivant pas dans un cadre de compétence liée administrative - entraînent aujourd'hui une disparition rétroactive de la décision qu'elles entachent ; mais nous avons vu que, très souvent, leur auteur les réédicte après avoir, conformément aux prescriptions du jugement, gommé le vice originel³¹¹⁸. Ce schéma se révèle bénéfique lorsque la chute de la décision illégale profite d'une manière ou d'une autre aux administrés ; ainsi, l'agent public qui obtient la censure d'une sanction pourtant justifiée au fond

³¹¹⁶ Il est fait allusion aux idées de formalités non substantielles, de neutralisation de motifs et de substitution de motifs et de base légale que nous avons abordées au Sous-titre I du Titre précédent.

³¹¹⁷ Pour ces auteurs, l'annulation "aurait le caractère d'une sanction infligée à l'administration qui, sans cela, serait portée à ne prendre aucun soin des actes à propos desquels elle exerce sa compétence liée" (*op. cit.*, t.II, n°1178).

³¹¹⁸ Voir notamment *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

peut légitimement prétendre, même s'il est par la suite sanctionné de manière analogue, à ce que cette nouvelle mesure ne prenne effet qu'à la date où elle sera matériellement prise. Le jugement rendu en sa faveur aura eu pour conséquence de différer l'altération de sa situation, ce qui quelquefois n'est guère négligeable³¹¹⁹. Dans d'autres hypothèses au contraire, pour peu que la censure juridictionnelle n'emporte aucune incidence appréciable sur un quelconque administré³¹²⁰, la disparition rétroactive systématique de l'acte que l'administration a le loisir de reproduire quasiment à l'identique a de quoi laisser perplexe. A l'inspiration des propositions formulées s'agissant de la déclaration d'illégalité, on devrait encourager le juge à prononcer ici une annulation qui n'aurait pas la propriété de réduire directement à néant l'acte irrégulier, mais s'accompagnerait d'une possibilité laissée à l'autorité compétente de le régulariser dans un certain délai³¹²¹. Pareille construction aurait le mérite de faire l'économie d'une obligation - souvent clairement inutile - de reprendre la procédure d'édiction à son origine³¹²².

B. Des considérations tenant aux implications de l'annulation prononcée pourraient plaider en faveur d'un aménagement de la règle classique

La disparition *ab initio* d'un acte qui a déjà connu de multiples concrétisations individuelles perturbe souvent anormalement la sécurité juridique. Conscients de ce danger, les concepteurs du Traité de Rome, comme nous l'avons signalé plus haut, ont offert à la Cour de justice des communautés la prérogative de limiter la rétroactivité des censures qu'elle est amenée à prononcer³¹²³, prérogative dont elle n'hésite pas à user³¹²⁴. Rien de tel ne se rencontre auprès du juge administratif français, et c'est au législateur qu'il incombera, le cas échéant, de venir au secours des situations qu'une annulation a pu mettre en péril³¹²⁵. Or, il peut sembler dommage de ne prévoir qu'une solution curative là où la prévention du mal apparaît si simple à

³¹¹⁹ Ce sera le cas pour le fonctionnaire évincé qui obtient l'annulation de cette mesure pour vice de forme : même si elle confirme ultérieurement sa position, l'administration sera tenue de reconstituer la carrière de celui-ci jusqu'au prononcé de la nouvelle sanction (à condition bien sûr que ne joue pas la très discutée jurisprudence Dlle Sarabay que nous avons déjà eu l'occasion de déplorer à plusieurs reprises !).

³¹²⁰ On pense par exemple à l'annulation d'une disposition réglementaire entachée d'un vice de forme ou de procédure qui n'aurait encore connu aucune application lorsque le juge statue ; ou bien à la censure d'une décision d'espèce (une D.U.P., par exemple) obtenue avant que l'opération administrative à laquelle elle participe n'ait abouti à la prise de décisions individuelles.

³¹²¹ Avant de décider en ce sens, le juge devrait avoir acquis (au regard du dossier ou par consultation de l'autorité en cause) la quasi certitude que l'administration désire réellement réédicter l'acte formellement irrégulier. Toutefois, si finalement elle renonçait à ce faire, l'expiration du délai imparti entraînerait automatiquement la chute rétroactive de l'acte annulé.

Quelques propositions doctrinales commencent d'ailleurs à fleurir en ce sens, du moins s'agissant de contentieux spécifiques. Cf. en particulier J.-P. Gilli, "Contentieux du permis de construire : la légalité sous réserve", *Actualité juridique, Droit administratif* 1995, p.355, et les intéressants parallèles qu'effectue l'auteur avec les jurisprudences constitutionnelle et judiciaire.

³¹²² Ce système trouve d'ailleurs un certain écho dans la jurisprudence administrative si l'on en croit M. Braibant qui, intervenant au colloque de Douai, cite l'exemple d'un arrêt du Conseil d'État ayant constaté qu'un concours d'agrégation de Sciences Politiques avait été entaché d'une irrégularité commise à la dernière épreuve, et s'étant contenté d'exiger la reprise dudit concours à partir de la phase viciée, avalisant en conséquence les étapes précédentes (voir *actes du colloque* précités, pp.17/18).

³¹²³ Article 174 al. 2 du Traité C.E.E.

Pour une étude détaillée de celui-ci, voir E. Paulis, " Les effets des arrêts d'annulation de la C.J.C.E.", *Cahiers de Droit européen* 1987, p.243, *art. cit.*

³¹²⁴ Cf. notamment P. Le Mire, *art. cit. in Mélanges R. Chapus.*

³¹²⁵ Voir *supra*, nos développements en Première partie sur la technique des validations législatives.

réaliser : permettre tout bonnement à la juridiction qui statue, dans les hypothèses qui l'exigent, de brider les effets rétroactifs indésirables de sa décision.

1 - Le système sans nuances qu'instaure notre contentieux administratif donne la fâcheuse impression que le juge de l'annulation se conduit comme un irresponsable, indifférent aux incidences quelquefois dramatiques de la décision qu'il prononce. C'est une vision erronée³¹²⁶ et regrettable. Bien souvent, au contraire, l'appréciation des suites du jugement vient conditionner son contenu³¹²⁷, et il est notoire que, dans nombre de cas, "le juge hésite à annuler - un acte - à cause des conséquences juridiques énormes qu'entraîne la rétroactivité de l'annulation, qui aboutit à faire disparaître toute une pyramide juridique et crée quelquefois plus de difficultés qu'elle n'en résout"³¹²⁸. On met ici le doigt sur une des faiblesses les plus criardes du contentieux administratif : parce qu'il n'existe aucune voie intermédiaire entre censure totale et absence de censure, le juge préférera parfois s'abstenir de sanctionner une irrégularité par crainte des réactions en chaîne que ne manquerait pas de provoquer sa décision.

2 - Plusieurs paramètres attestent cependant que l'effort à consentir pour mettre à bas le diktat de la rétroactivité n'est pas aussi important qu'on pourrait le croire de prime abord :

a) Toutes les juridictions ne partagent pas la déférence dévote du juge administratif envers l'effet *ab initio* de l'annulation que ce dernier prononce. En témoigne le contentieux des autorisations de licenciement de salariés protégés tel qu'il existait avant la promulgation de la loi du 28 octobre 1982. A cet époque régnait un certain flou dans la détermination par la Cour de cassation de la portée à conférer à la censure de ce type d'acte ; on avait même enregistré une divergence initiale entre la chambre sociale et la chambre criminelle, la première estimant que l'annulation de l'autorisation administrative ne remettait pas en cause le licenciement définitivement prononcé à une époque où cette mesure était applicable³¹²⁹, la seconde considérant au contraire que le jugement émanant de l'ordre administratif entraînait la chute du licenciement en cause et que l'employeur était tenu, sous peine de commettre le délit d'entrave, de réintégrer le salarié protégé³¹³⁰. En 1980, la chambre mixte trancha ce désaccord en adoptant une position mitigée : pour la période antérieure à l'annulation, le licenciement restait valable ; il devenait en revanche "inopérant" à partir du rendu de ce jugement, obligeant l'employeur à effectuer la réintégration de l'intéressé³¹³¹. Même si, après une ultime résistance de la chambre

³¹²⁶ Il suffit, pour s'en convaincre de se reporter aux développements qui insistent sur la sensibilité du juge de l'annulation aux préoccupations des parties et des tiers (Cf. Partie II, Titre I, Sous-titre I).

³¹²⁷ Pas seulement d'ailleurs les incidences négatives qu'il pourrait produire ; le juge évalue parfois également l'utilité de sa décision avant de statuer, comme c'est particulièrement net pour la célèbre jurisprudence Basseur (C.E., S., 25/01/1991, p.23, arrêt précité) : c'est notamment parce que l'annulation du refus d'exercer un déferé préfectoral "n'aurait guère de conséquences pratiques" que le commissaire du gouvernement a proposé à la Section du contentieux -qui l'a suivi- d'admettre l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un tel acte.

³¹²⁸ Cf. le rapport de Me C. Daval, présenté dans le cadre du colloque de Douai (*actes du colloque* précités, p.6) ; ce praticien du droit de l'urbanisme souligne que cette réalité est particulièrement palpable pour les avocats confrontés à la juridiction administrative.

³¹²⁹ C. Cass., Soc., 01/07/1964 ; Dalloz 1964, p.578 ; *La semaine juridique* 1965, n°14240, note P. de Font-Réaulx ; *Droit social* 1965, p.52, note J. Savatier.

Voir également C. Cass., Soc., 5/11/1971, *Bull.* n°626.

³¹³⁰ C. Cass. Crim., 9/06/1966, *Bull. crim.* n°171 ; et 4/10/1973, *Bull. crim.* n°346.

³¹³¹ C. Cass., Chbre mixte, 18/01/1980, S.A. Pampre d'or ; *Dalloz* 1980, p.386, note A. Jeanmeaud et J. Pelisser ; *Droit social* 1980, p.330, note J. Savatier ; *La semaine juridique* 1980, n°19397, conclusions Robin, note J.-C. Javillier.

sociale³¹³², la loi de 1982 a finalement bouleversé le système³¹³³, ce mouvement jurisprudentiel garde un certain intérêt en ce qu'il exprime la faculté que se reconnaît le juge judiciaire de priver, s'il le croit nécessaire, l'annulation administrative de sa portée rétroactive. Hormis la position de la Chambre criminelle, chacune des solutions revenait en effet sur le principe de disparition *ab initio* de l'acte annulé, l'une se refusant totalement à rendre effective l'annulation de l'autorisation de licencier, l'autre se contentant d'assurer cette effectivité pour l'avenir.

b) Certaines solutions indiquent ensuite que le juge administratif sait, lui aussi, se montrer audacieux pour assurer la meilleure exécution possible d'une décision qu'il a rendue, ne reculant pas devant la nécessité de contourner les principes les mieux établis³¹³⁴; et celui de rétroactivité des jugements n'est pas le moins exposé aux entorses. Cela ressort notamment de l'arrêt *Commune de Bondoufle* que nous avons déjà rencontré³¹³⁵. Rappelons qu'en l'espèce avait été prononcée l'annulation d'une décision de révision d'un périmètre d'urbanisation, édictée, conformément aux prescriptions de la loi du 13 juillet 1983 modifiant le statut des agglomérations nouvelles, avant le 31 décembre 1983. Si l'on avait appliqué aveuglément la logique de la rétroactivité, il aurait fallu considérer que cette date limite avait été dépassée sans prise d'une quelconque décision de révision - puisque celle qui était effectivement intervenue aurait été censée n'avoir jamais existé -, ce qui rendait impossible l'édition d'une mesure de régularisation. Le commissaire du gouvernement C. Vigouroux convainquit le Conseil d'État qu'une telle solution contrarierait la volonté du législateur de 1983, qui ne laissait aucun choix à l'administration pour décider de la révision en question³¹³⁶; aussi fut-il jugé que l'annulation n'avait eu pour effet de faire disparaître *ab initio* la décision illégale, permettant ainsi à l'administration de la corriger. Evidemment, la solution *Commune de Bondoufle* a été dictée par l'économie du système législatif en cause, ce qui a conduit par exemple R. Chapus à la compter au nombre des hypothèses de limitation de la rétroactivité induites par la volonté du législateur³¹³⁷. Mais si le juge accepte de considérer l'annulation "comme une abrogation, - n'ayant- d'effet que pour l'avenir"³¹³⁸ lorsque une disposition législative paraît l'exiger, ne

³¹³² Cf. C. Cass., soc., 27/11/1980, Bull. n°860 ; et 11/02/1981, Bull. n°116 : en décidant que le salarié ne pouvait pas exiger sa réintégration immédiate, mais qu'il lui fallait attendre l'issue des voies de recours contre la décision d'annulation, et ce en dépit du caractère non suspensif de l'appel en matière administrative, la chambre sociale enlevait une grande partie de son efficacité à la décision nouvelle.

³¹³³ Ce texte (créant les articles L.412-19, L.425-3 et L.436-3 du Code du travail) a ouvert au salarié protégé un droit à réintégration dans son ancien emploi (sur demande de l'intéressé dans les deux mois de la notification de l'annulation), ainsi qu'un droit, lorsque l'annulation est devenue définitive, à réparation de la totalité du préjudice subi depuis le licenciement.

Pour la détermination de l'emploi dans lequel la réintégration peut avoir lieu, voir C. Cass., Soc., 24/01/1990, Société EDI 7 c/ Mattei, *Droit social* 1990, p.328, rapport P. Waquet.

³¹³⁴ Une décision *Sieur Joligeon* en date du 30/04/1965 (*Actualité juridique, Droit administratif* 1965, p.338, note X.) le prouve avec éclat : le Conseil d'État avait, en qualité de juge de cassation, annulé en 1964 une sentence de la commission régionale des dommages de guerre de Rouen et renvoyé l'affaire devant celle de Caen. Or, un mois plus tard, un arrêté ministériel supprimait cette dernière et rattachait le département de son ressort à la commission de Rouen. Le requérant saisissait alors le Conseil d'État d'une demande de révision de son arrêt de cassation, de façon à ce que l'affaire soit renvoyée devant une autre commission. La Haute juridiction accueillit la requête - estimant qu'il s'agissait là de la seule manière d'assurer une exécution correcte de son arrêt antérieur-, bien que le cas ne correspondît à aucune des catégories de pourvois limitativement énumérés par lesquels les justiciables peuvent demander au Conseil d'État de se prononcer à nouveau sur dans un litige à propos duquel il a déjà statué. Le juge accepte donc ici que le souci de bonne exécution l'emporte sur la règle générale, pourtant solide, en vertu de laquelle une juridiction qui a statué sur un litige a épuisé sa compétence.

³¹³⁵ C.E., 26/02/1987, p.87 ; voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I.

³¹³⁶ Cf. la chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre précitée, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.445.

³¹³⁷ Cf. *Droit du contentieux administratif*, n°922.

³¹³⁸ *Ibid.*

pourrait-il en aller occasionnellement de même quand le jugement qu'il prononce menace sérieusement et de trop nombreuses situations individuelles ?

3 - Nous nous prononcerons donc en faveur d'un assouplissement de la règle classique : la consécration du pouvoir de se défaire ponctuellement de la rétroactivité des annulations qu'il décide assurerait au juge administratif une latitude d'action dont il ne bénéficie pas à l'heure actuelle. Il serait ainsi à même de sanctionner un comportement irrégulier sans devoir nécessairement dévaster l'ensemble des concrétisations de la mesure en cause, perspective qui, aujourd'hui, le conduit parfois à négliger son devoir de faire respecter la légalité. Bien sûr, l'emploi d'une pareille prérogative ne se justifierait qu'en présence d'un risque réellement important de perturbation d'intérêts protégés, tels que ceux pris en compte par le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa jurisprudence sur les validations législatives³¹³⁹. A ce propos, on pourrait nous rétorquer qu'il incombe plutôt au législateur qu'au juge de remédier aux retombées néfastes d'une annulation juridictionnelle³¹⁴⁰. Tout ici est affaire de point de vue : faut-il préférer la lourde procédure qui efface *a posteriori* les effets indésirables d'un arrêt à la solution qui consisterait à empêcher ceux-ci de se produire dès l'origine ? Pour notre part, le choix est clair. Un dernier mot, en vue de désamorcer une autre objection que cette proposition ne manquera pas de soulever : la privation d'effet rétroactif n'ôtera-t-elle pas au requérant l'entier profit de l'annulation qu'il a obtenue ? Prenons l'exemple d'un candidat malheureux à un concours administratif qui parvient à en faire prononcer la censure. Si le juge décide de s'opposer à la chute des résultats du concours en question, il est craindre en effet que la victoire contentieuse obtenue ne revête un caractère purement platonique. Son importance ne doit cependant pas être minimisée, car l'illégalité qu'elle atteste pourra ultérieurement être mise à profit, par le justiciable, dans le cadre d'une éventuelle demande en réparation des préjudices qu'elle lui aura causés³¹⁴¹.

II - La résurgence automatique de la norme antérieure n'est pas une fatalité

Comme le dogme de la rétroactivité - mais à un degré moindre, il faut le reconnaître -, l'idée de remise en vigueur systématique de l'acte dont la mesure annulée assurait le remplacement s'avère profondément ancrée dans notre contentieux administratif. Elle n'en présente pas moins elle-aussi, dans certaines hypothèses, de très sérieux inconvénients qui en justifieraient, à n'en pas douter, l'adoucissement. Le contentieux des documents d'urbanisme servira de support naturel à cette démonstration, ce choix s'imposant à la fois en raison de l'actualité du problème et par la richesse des interrogations qu'il soulève ; mais l'essentiel de ce

³¹³⁹ A savoir un risque pour la continuité des services publics ou pour la sécurité juridique d'un grand nombre d'administrés (voir supra, Partie I, Titre II, Sous-titre I). Cette condition s'opposerait par exemple à ce que le juge administratif limite la rétroactivité au bénéfice d'intérêts moins prééminents, comme c'était le cas dans la jurisprudence judiciaire relative aux licenciements de salariés protégés (où cette restriction ne profitait qu'à l'employeur en cause).

³¹⁴⁰ Voir en ce sens les observations de P. Le Mire au sujet du pouvoir de la Cour de justice des communautés européennes de limiter la portée dans le temps de ses arrêts : "en définitive, l'attitude de la Cour (...) correspond tout simplement à une "validation" du règlement reconnu illégal, là où dans les nationaux cette besogne est réservée au législateur. (...) Or, le moins qu'on puisse dire est qu'il y a là une regrettable confusion des genres. Même 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".

³¹⁴¹ La preuve de la faute de l'administration serait à n'en pas douter facilitée par l'annulation obtenue.

qui suit vaudrait aussi bien pour n'importe quel contentieux dans lequel un acte- règle³¹⁴² vient à être censuré.

A. Les dangers de la logique de résurrection systématique

Que la réglementation précédant immédiatement celle qui subit la censure du juge de la légalité retrouve pleine vigueur par la seule vertu du jugement prononcé entraîne deux problèmes majeurs³¹⁴³ :

1 - Le risque de remise en vigueur d'un texte désormais inadapté

L'éventualité de la résurgence d'un acte obsolète, évoquée, nous le savons, pour justifier en son temps la solution *Assaupamar*³¹⁴⁴, n'est pas l'apanage exclusif du mécanisme de l'exception d'illégalité. Pour preuve, ce sont des arguments analogues qui avaient été mis en avant afin de fonder la transposition de cette jurisprudence en matière d'annulation³¹⁴⁵ : plutôt que de courir le risque de faire revivre un document daté, le juge préférerait s'en remettre aux règles permanentes du R.N.U. qu'écartait simplement la présence du P.O.S. irrégulier³¹⁴⁶. Et bien que certains aient tenté de minimiser ce danger d'obsolescence³¹⁴⁷, on aurait tort de penser qu'il s'agit là d'une pure hypothèse d'école, même si la plupart des annulations frappent aujourd'hui des plans simplement révisés : en effet, "très souvent, la révision d'un P.O.S. ne se distingue guère, sinon par la procédure suivie, d'une refonte globale"³¹⁴⁸, ce qui sous-entend que le plan dont on a décidé la révision est devenu la plupart du temps inadapté au nouveau contexte communal³¹⁴⁹. Il est d'ailleurs significatif que le législateur de 1994, tout en revenant sur le principe dégagé par la jurisprudence *Saint-Palais-sur-Mer*, se soit montré sensible à ce

³¹⁴² Le problème se révèle en effet moins aigu s'agissant de l'annulation d'une mesure individuelle, en raison de la portée par hypothèse limitée de la norme qui resurgit ; il n'est cependant pas exclu que cette dernière revête un caractère illégal, auquel l'administration, comme on le sait, sera tenue de ne pas lui donner concrétisation (Cf. *supra*, Partie II, Titre I, Sous-titre I).

³¹⁴³ D'autres difficultés moins importantes et spécifiques au droit de l'urbanisme pourraient également être signalées. Ainsi, comme l'ont fait remarquer C. Maugué et L. Touvet, "déterminer le document précédent n'est pas toujours facile dans les grandes communes où les révisions partielles sont permanentes" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1994, chronique précitée, p.510).

³¹⁴⁴ Voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³¹⁴⁵ Transposition qu'avait effectuée, nous le savons, l'arrêt Association des amis de St-Palais-sur Mer (C.E., 25/11/1991, arrêt précité). Ces arguments ont notamment été développés par M. Stirn dans ses conclusions sur C.E., 14/06/1991, Association des amis de St-Palais/mer (*Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.819) arrêt statuant sur une demande de sursis à exécution déposée par ladite association.

³¹⁴⁶ Cela semblait d'autant plus s'imposer lorsque la règle locale antérieure n'était pas elle-même un P.O.S., dans la mesure où le code de l'urbanisme avait organisé, après 1983, la disparition des anciens plans pour ne plus laisser subsister que les P.O.S.

³¹⁴⁷ Voir notamment les conclusions L. Chocheyras précitées sur T.A. Grenoble du 23/12/1993, Mlle Sabatier et autres : "il est surprenant de voir cette argumentation conférer un caractère conjoncturel à la réglementation locale d'urbanisme, alors que son objet même est de planifier l'utilisation du sol, et que la législation et la réglementation applicables n'en limitent pas a priori la durée de validité. Le temps qui passe n'invalide pas forcément les choix arrêtés souvent après une longue réflexion, l'expression de conflits aigus et la recherche de compromis fragiles" (*Actualité juridique, Droit administratif* 1994, p.235).

³¹⁴⁸ J. Granjon, *art. cit.*, p. 89.

³¹⁴⁹ Reproche qu'on ne peut faire subir, dans le cadre de la jurisprudence Vieux Pornichet (voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre I), au plan rendu public qui renaît du fait de l'annulation de l'acte l'approuvant car on a affaire ici à la procédure d'adoption d'un seul et même document. Voir en ce sens note Morand-Devilleur précitée, p.10.

problème³¹⁵⁰ ; mais nous nous situons ici à la lisière du deuxième danger issu du principe de résurgence automatique du texte précédant l'acte annulé.

2 - Le risque de remise en vigueur d'un texte illégal

L'acte que va faire revivre l'annulation de la décision qui s'y était substituée n'encourt pas seulement un risque d'archaïsme ; il peut également se révéler contraire à la règle de droit. La disposition législative dont il vient d'être question fait référence à une illégalité issue d'un changement de circonstances ; mais plus fréquents sont les cas où l'acte ancien est affecté d'une irrégularité originelle, celle-là même qui a justifié la censure de son successeur³¹⁵¹. Le principe de sa résurgence suscite dès lors de réels problèmes³¹⁵² que le droit positif s'est attaché à combattre. De lourdes incertitudes pesant cependant les remèdes adoptés, il nous faudra suggérer d'autres solutions possibles.

B. Parades prévues et parades envisageables

Textes et jurisprudence ont tenté d'atténuer chacun des deux dangers qui viennent d'être exposés, mais leurs insuffisances poussent l'observateur à s'interroger sur d'éventuelles modifications à leur apporter.

1 - Le système mis en place par la loi de février 1994 et ses circulaires d'interprétation, en faisant parfois appel à des solutions jurisprudentielles classiques, a cherché à réduire les conséquences néfastes que pouvaient induire le choix d'un retour au document d'urbanisme antérieur. Il ne s'intéresse cependant qu'aux cas dans lesquels le plan qui ressurgit est entaché d'une illégalité, et paraît curieusement établir une différence de traitement selon que celle-ci affectait l'acte depuis son origine ou est apparue à la suite d'un changement de circonstances :

a) Cette dernière hypothèse est prise en charge par le deuxième alinéa de l'article L.125-5 du code de l'urbanisme³¹⁵³, qui, s'il se préoccupe, comme nous l'avons dit, du risque d'obsolescence de la norme qui resurgit à la suite de la censure juridictionnelle, n'intéresse que les plans dont l'inadaptation aux réalités nouvelles est telle qu'elle constitue une illégalité, un changement de circonstances de fait ou de droit ayant compromis leur validité. Cette condition pose déjà en elle-même un léger problème, mis en avant par J.-B. Auby : "si l'on voit bien ce que peut être un P.O.S. devenu illégal parce qu'une norme supérieure contraire est apparue -par exemple une loi ou une prescription d'aménagement et d'urbanisme-, la jurisprudence ne nous a pas encore fourni d'exemple de P.O.S. qui serait devenu illégal par suite d'un changement des circonstances de fait". Et le même auteur de s'interroger : "quel est le seuil d'inadaptation aux circonstances de fait qui rend un P.O.S. illégal ?"³¹⁵⁴Quoi qu'il en soit, dans un tel cas de figure,

³¹⁵⁰ Cf. le deuxième alinéa de l'article L.125-5 du code de l'urbanisme prévu par l'article 1^{er} de la loi précitée du 9 février 1994.

³¹⁵¹ Puisque, répétons-le, la plupart des annulations frappent à l'heure actuelle des actes qui modifient ou révisent des plans antérieurs. Mais le cas se présentait également pour le "binôme" P.O.S. rendu public/ P.O.S. approuvé : pour un exemple voir C.E., 19/10/1979, Association pour la sauvegarde du pays de Rhuy, p.379.

³¹⁵² Voir notamment sur ce point D. Garreau, "Les effets de l'annulation d'un P.O.S.", *Revue française de la décentralisation*, septembre 1995, p.26.

³¹⁵³ Cette disposition résulte d'un amendement déposé par un député (J.O., Débats A.N., 1er décembre 1993, p.6742).

³¹⁵⁴ Commentaire de la loi du 9 février 1994 précité, p.40.

le texte prévoit que l'administration doit³¹⁵⁵ constater cette illégalité tardive par une délibération motivée dont la vertu est de rendre alors applicables les règles générales d'urbanisme.

b) L'hypothèse de la résurgence d'un texte affecté par la même irrégularité que celui qui a fait l'objet d'une annulation juridictionnelle avait déjà été envisagée par le commissaire du gouvernement B. Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *Vieux Pornichet* : arguant de la jurisprudence *Ponard*, il exhortait l'administration à s'abstenir d'appliquer le plan rendu public vicié³¹⁵⁶. Le raisonnement³¹⁵⁷ a été repris par la circulaire du 22 avril 1994³¹⁵⁸ portant sur les modalités d'application de la loi Bosson qui prévoit que "l'illégalité du document d'urbanisme antérieur doit conduire à en écarter systématiquement l'application". Mais tout n'est pas résolu pour autant, loin s'en faut, car il convient d'organiser le remplacement du texte illégal et de préciser quelle réglementation s'appliquera dans l'intervalle. Pour ce qui est du premier point, la même circulaire encourage l'administration à "mettre en œuvre les procédures permettant de faire disparaître les dispositions illégales de l'ordonnancement juridique : abrogation du document ou mise en œuvre de procédures de modification ou de révision du document"³¹⁵⁹. En revanche, rien n'est prévu pour déterminer les règles sur lesquelles l'administration pourra s'appuyer jusqu'à ce que survienne cette régularisation, l'alinéa 2 de l'article L.125-5 du Code de l'urbanisme n'englobant manifestement pas le cas où le texte qui ressuscite était entaché d'une illégalité originaire. Mais on voit mal quelles autres dispositions que celles du R.N.U. pourraient remplir convenablement cet office³¹⁶⁰, même si une interprétation littérale de la circulaire semble rendre applicable la réglementation locale encore antérieure³¹⁶¹, car rien ne saurait justifier la différence de traitement entre illégalité tardive et illégalité *ab initio* que cette lecture instaurerait.

2 - Toutes ces solutions présentent un défaut majeur qui a été relevé par M. J.-J. Liard³¹⁶² : "outre le fait que la loi ne prévoit aucun délai maximal pour constater l'illégalité du document antérieur à compter de la décision de justice devenue définitive, on peut rester dubitatif sur

³¹⁵⁵ Cette obligation ressort clairement du présent de l'indicatif employé par l'alinéa 2.

³¹⁵⁶ Conclusions précitées. B Genevois apparentait cette hypothèse à celle qui voit réapparaître un plan publié qui, en raison du dépassement du délai de trois ans, a cessé d'être opposable aux tiers. Il défendait dans les deux cas l'idée d'un retour à la réglementation nationale, jusqu'à régularisation de la situation par une nouvelle approbation dans l'hypothèse où le plan rendu public avait cessé d'être opposable aux tiers, ou par la reprise de la procédure d'élaboration dès son origine dans le cas où ce document présentait une irrégularité.

³¹⁵⁷ A noter qu'il fut suivi par quelques décisions judiciaires qui considèrent comme inapplicables, à la suite de l'annulation d'un P.O.S. approuvé, le P.O.S. rendu public entaché d'illégalité et cela alors même que le délai de trois ans n'était pas écoulé. Cf. notamment C. Cass. civ. 3^{ème} 11/12/1985, Cramif c/ Dlle Cerisier, *Actualité juridique Propriété immobilière* 1987, p.180.

³¹⁵⁸ Circulaire n°94-38, *Revue française de droit administratif* 1995, p.62.

³¹⁵⁹ On sait en effet que l'abrogation est par principe exclue en matière de P.O.S. par l'article L.123-4-1 du code de l'urbanisme, relayée par la jurisprudence S.C.I. Le Tahiti (voir supra, Partie I, Titre I, Sous-titre II). Ici, la suppression de l'illégalité passe donc obligatoirement par une procédure de modification ou de révision, selon l'importance ou la nature des adaptations nécessaires, et dans la mesure où le recours à de telles procédures est juridiquement possible (voir notamment l'avis du Conseil d'État en date du 8/12/1988, précité ; ainsi que C.E., 6/04/1992, Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer, *Droit administratif* 1992, n°275 (fixant des limites à la possibilité de révision d'un plan illégal).

³¹⁶⁰ Tel semble être d'ailleurs l'avis de la jurisprudence, du moins pour ce qui est des règles impératives du R.N.U. : voir à ce propos C.E., S., 3/12/1993, M. Paul Murtin, req. n°90915, *Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme*, mai 1994, p.9, conclusions R. Abraham, solution qui, pour être antérieure à la loi de février 1994, paraît devoir perdurer dans l'hypothèse qui nous intéresse (Cf. en ce sens les observations anonymes figurant à la suite des conclusions, *ibid.*, 13).

³¹⁶¹ Voir notamment en ce sens J.-B. Auby, commentaire précité, *Revue française de droit administratif* 1995, p.37.

³¹⁶² *Le Moniteur*, 20 mai 1994, commentaire précité de la circulaire du 22 avril 1994, p.37.

l'intérêt de la motivation d'un conseil municipal à procéder de lui-même, rapidement ou non, au constat d'illégalité de son P.O.S., quand on connaît les contraintes directes ainsi engendrées dans la gestion du droit sur le territoire communal (...) ³¹⁶³. Et ce constat doit s'accompagner, parallèlement, d'une remise en chantier du P.O.S. dont le formalisme procédural inquiète toujours". C'est bien ici qu'achoppent les systèmes proposés conjointement par l'alinéa 2 de l'article 125-5 du code de l'urbanisme et par la circulaire du 22 avril : en confiant à l'administration le soin de déterminer elle-même si le document qui revêt est ou non entaché d'irrégularité, ils reviennent à faire de celle-ci "un juge accessoire de la légalité alors que rien ne -la- prédispose à remplir cette fonction" ³¹⁶⁴. Et puisque l'autorité municipale s'expose à des risques certains en reconnaissant cette illégalité ³¹⁶⁵, on peut raisonnablement estimer qu'elle courra le plus souvent le risque d'appliquer l'ancienne réglementation, quitte à voir ultérieurement sa démarche sanctionnée par le juge à l'occasion de litiges intéressant les concrétisations qu'elle lui aura données ³¹⁶⁶.

3 - Si l'on ne saurait vraiment reprocher au système législatif d'avoir négligé le cas de résurgence d'une réglementation qui, sans être illégale, ne correspond plus aux désirs de l'administration en charge des problèmes d'urbanisme ³¹⁶⁷, on est en droit, en revanche, de nourrir quelques regrets du fait qu'il laisse à cette dernière le soin d'apprécier la légalité du texte ancien et d'en tirer les conséquences qui s'imposent. Une telle tâche ressortit naturellement à la compétence du juge administratif, et c'est d'ailleurs lui qui, saisi de recours contre de futurs actes individuels, déterminera en dernier lieu si l'administration a privilégié la bonne analyse ³¹⁶⁸. Aussi aurait-on préféré voir la juridiction s'en acquitter dès le litige initial, du moins lorsque l'illégalité du règlement ancien apparaît clairement dans le dossier ³¹⁶⁹. Comme nous l'avons recommandé -sur un plan général- en matière d'exception, le juge administratif devrait prendre à son compte la fixation, affaire par affaire, de la réglementation à même de remplacer au mieux celle qu'il annule, et, quand il s'aperçoit que le texte qu'il s'apprête à ressusciter est lui-même vicié, devrait pouvoir fixer à l'administration un délai de régularisation de la situation ³¹⁷⁰. Ces remarques valent bien sûr pour le contentieux de l'urbanisme qui a sous-tendu notre raisonnement, mais également pour l'ensemble des litiges qui se soldent par la censure d'une réglementation quelconque : pour peu que le texte immédiatement précédent apparaisse

³¹⁶³ L'auteur énumère ici ces règles qui vont de la constructibilité limitée aux différentes sujétions procédurales pesant sur une commune soumise au R.N.U.

³¹⁶⁴ Y. Jégouzo, commentaire de la loi du 9 février 1994 précité, *Revue de droit immobilier* 1994, p.157.

³¹⁶⁵ Outre les inconvénients susmentionnés qu'implique un retour au R.N.U., on doit en effet remarquer que "si la commune se trompe dans son appréciation et décide d'écarter le retour au plan antérieur alors qu'il n'est nullement illégal, cela entache naturellement cette décision-là, mais cela fait aussi courir des risques à toutes celles qui, ultérieurement, seront prises sur le fondement des règles générales d'urbanisme alors qu'elles auraient dû l'être sur le fondement du plan antérieur" (J.-B. Auby, commentaire précité, *Revue française de droit administratif* 1995, p.38).

³¹⁶⁶ Tout bien considéré, en effet, ce danger n'est pas supérieur à celui qui est mentionné à la note précédente !

³¹⁶⁷ Car cette appréciation d'opportunité incombe incontestablement, au cas par cas, à la seule administration, et c'est à elle qu'il appartiendra de décider d'y remédier, le cas échéant, en modifiant ce qu'elle estime inadapté à la nouvelle conjoncture locale.

³¹⁶⁸ Ainsi censurera-t-il les actes pris sur le fondement du R.N.U. si l'administration a considéré illégal, à tort, le règlement local ancien, et inversement les mesures basées sur ce dernier lorsqu'il est réellement vicié.

³¹⁶⁹ Ce qui serait notamment le cas lorsque l'acte censuré reproduisait une irrégularité contenue dans la réglementation précédente, ou que le plan antérieur obéissait à d'anciennes prescriptions d'urbanisme entre temps remplacées.

³¹⁷⁰ Cette obligation juridictionnelle de régularisation de la réglementation locale semble nettement plus en accord avec l'économie générale de la décentralisation de l'urbanisme que ne l'est le droit actuel, qui, en ménageant la possibilité d'un retour au R.N.U. sans véritable contrainte d'élaboration d'un nouveau P.O.S., "va à l'inverse des principes posés par la loi du 7 janvier 1983 qui considérait que la décentralisation était irréversible" (Y. Jégouzo, commentaire précité, *Revue de droit immobilier*, 1994, p.158).

visiblement irrégulier, il faudrait que le juge de l'annulation s'oppose explicitement à sa résurgence et, si cette prohibition engendre un vide juridique, impartisse à l'autorité compétence un délai pour le combler.

Paragraphe 2. Un modèle pour des procédés s'apparentant au mécanisme de l'exception

Certaines parmi les idées que nous avons émises en vue d'améliorer les effets d'une déclaration d'illégalité peuvent être reprises à l'endroit de deux techniques contentieuses conceptuellement proches de l'exception, l'une pleinement exploitée en droit positif, l'autre qui le sera peut-être un jour.

I - Pour le contrôle dit de "conventionnalité" des lois

Si l'appellation de ce contrôle semble assez récente³¹⁷¹, sa teneur est depuis longtemps usuelle en contentieux administratif : en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, qui prévoit que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", le juge administratif n'a jamais éprouvé de difficultés à vérifier la conformité d'une loi avec un texte international valablement introduit dans l'ordre interne qui paraissait venir contrarier les dispositions qu'elle avait, en son temps, consacrées³¹⁷². Qu'il n'en ait pas été de même pour le contrôle d'une loi postérieure à une convention internationale (*lato sensu*) est notoire, et nous nous bornerons ici à rappeler que la jurisprudence *Nicolo* et ses développements sont venues tardivement aligner cette dernière hypothèse sur la précédente³¹⁷³. Aujourd'hui donc, le juge administratif - à l'instar le juge judiciaire³¹⁷⁴ - accepte pleinement, avant d'agréer un comportement, de s'assurer que celui-ci n'est pas fondé sur une loi dont le contenu contrarie un texte international en vigueur, et au besoin, si ce contrôle s'avère positif, d'écarter la disposition législative en cause³¹⁷⁵. C'est ici que naît le problème qui va nous

³¹⁷¹ Suggérée par certains auteurs tel que B. Genevois dans sa note sous l'arrêt *Nicolo*, *Revue française de droit administratif* 1989, p.824 ou les auditeurs au Conseil d'État ayant signé l'article "Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité (*art. cit.*), cette dénomination ne fait cependant pas l'unanimité dans la doctrine ; sa commodité nous a toutefois séduit, au point de la reprendre ici.

³¹⁷² Voir notamment C.E., 15/03/1972, Dame veuve Sadok Ali, p.213 ; C.E., Ass., 7/07/1978, Klaus Croissant, p.292 ; et C.E., Ass., 15/02/1980, Gabor Winter, p.87.

³¹⁷³ C.E., Ass., 20/10/1989, *Nicolo*, p.190 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1989, p.756, chronique E. Honorat et E. Baptiste, et p.788, note D. Dimon ; *Dalloz* 1990, p.135, note P. Sabourin ; *Les petites affiches*, 11 décembre 1989 p.11, note G. Lebreton ; *Revue française de droit administratif* 1989, p.813, conclusions P. Frydman ; note B. Genevois (précitée) ; *Revue française de droit administratif* 1990, p.267, obs. D. Ruzié ; *Revue trimestrielle de Droit européen* 1989, p.771, conclusions et note G. Isaac.

L'arrêt *Nicolo* se rapportait au droit international originaire, mais la solution a été depuis étendue au droit communautaire dérivé :

- pour les règlements communautaires, voir C.E., 24/09/1990, Boisdet, p.250 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1990, p.863, chronique E. Honorat et R. Schwartz ; *Les petites affiches* 12 octobre 1990, p.15, conclusions M. Laroque ; *Revue française de droit administratif* 1991, p.172, note L. Dubouis.

- pour les directives communautaires, voir l'arrêt d'Assemblée S.A. Rothmans International France précité.

³¹⁷⁴ Voir notamment C. Cass, crim., 7/11/1990, *Bull. crim.* p.939).

³¹⁷⁵ Cf. en particulier l'arrêt Boisdet précité.

Cette mise à l'écart de la loi entraînera le plus souvent l'annulation du règlement qu'elle fondait, car elle ne saurait servir d'écran entre ce texte et la norme internationale qu'il méconnaît par ricochet.

intéresser : que deviennent les parties de la loi que le juge a déclarées incompatibles avec la norme internationale ? En l'état actuel du droit, rien de sûr ne peut être avancé en réponse à cette interrogation ; c'est pourquoi nous nous permettrons d'indiquer vers quelle solution va notre préférence, bien que son instauration pose relativement problème.

A. Les incertitudes qui pèsent sur le sort de la loi reconnue incompatible avec le texte international

1 - Deux éléments spécifiques au contrôle de conventionalité font qu'il existe actuellement un grand flou sur le devenir de la loi estimée contraire à une norme internationale :

a) Le premier tient à la nature particulière de la norme qui sert de référence à l'appréciation portée, à savoir la norme internationale. Cette originalité, mise partiellement en exergue par la décision du Conseil constitutionnel au travers de laquelle celui-ci s'est refusé à exercer un contrôle de conventionalité³¹⁷⁶, tient à la fois à l'absence de permanence de ce type d'acte et au fait que sa supériorité est commandée à la condition de réciprocité énoncée *in fine* à l'article 55 de la constitution. Un texte international ne bénéficie généralement pas en effet d'une stabilité aussi grande qu'une disposition constitutionnelle, puisqu'il est toujours susceptible d'être dénoncé par son signataire, ou contredit par un Traité postérieur³¹⁷⁷ ; en outre, son non-respect par un État partie compromet automatiquement le rang supra-législatif que lui prête la Constitution de 1958³¹⁷⁸. Dès lors, la question est de savoir si la contrariété d'une loi à un Traité mérite d'entraîner des conséquences absolues sur celle-ci (ce qui sous-entendrait sa disparition définitive de l'ordonnement juridique) ou nécessite simplement une suspension de son applicabilité, dans l'attente d'une éventuelle chute ou perte d'autorité de la norme internationale -événement qui entraînerait un retour d'effectivité des dispositions législatives un temps suspendues³¹⁷⁹.

b) Le deuxième élément se rapporte au contraire aux différentes situations dans lesquelles peut se trouver la loi contrôlée. Nous l'avons dit, depuis l'arrêt *Nicolo*, la chronologie entre textes législatif et international ne revêt plus la même importance. Elle demeure toutefois d'un certain intérêt en ce qui concerne la détermination des incidences de l'arrêt déclarant la loi incompatible avec un engagement international. En effet, dans l'hypothèse où l'on admet que

³¹⁷⁶ C.C., 15/01/1975, Interruption volontaire de grossesse, p.19 ; *Actualité juridique, Droit administratif* 1975, p.134, note J. Rivero ; *Dalloz* 1975, p.529, note L. Hamon ; *Revue du droit public* 1975, p.185, note L. Favoreu et L. Philip

Voir également C. Constit. 23/07/1991, Dispositions relatives à la fonction publique, *Dalloz* 1991, p.617, note L. Hamon.

³¹⁷⁷ Ce qui est loin d'apparaître une hypothèse d'école si l'on considère la prolifération actuelle de normes internationales par essence mutables, comme le sont celles qui découlent du droit dérivé européen.

³¹⁷⁸ La non-réciprocité paraît même, pour le Conseil d'État et la Cours de cassation, compromettre non seulement la supériorité du Traité mais également sa valeur juridique, contrairement au Conseil constitutionnel qui s'en tient apparemment à une lecture plus littérale des termes de l'article 55. Résumant ce problème, voir C.M., F.D. et Y.A., *art. cit.*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.102.

³¹⁷⁹ Cette vision a les faveurs d'une partie de la doctrine depuis bien longtemps. Cf. notamment J. Pillaut (cité par B. Genevois, note précitée, p.826, note 9) qui estimait, dès 1919, que "le traité (...) n'abroge pas les lois ; il ne fait qu'en suspendre l'effet. Une convention n'est qu'un acte temporairement exceptionnel ; ses effets peuvent cesser par la volonté d'un seul des contractants ; elle ne doit donc pas détruire la législation interne plus stable qui revient en vigueur dès lors qu'elle n'est plus paralysée par le traité".

Il faut noter cependant -bien qu'il s'agisse d'une évidence- que la résurgence de la loi, dans une telle hypothèse, ne saurait bien sûr entraîner celle de ses textes d'application qui ont été annulés par le juge durant la période où prévalait le texte international contraire.

cette contrariété doit impliquer la disparition - et non la simple suspension - de la norme législative, il convient de distinguer selon que la promulgation de celle-ci a précédé ou suivi l'introduction du Traité dans l'ordre interne : dans le premier cas, nous sommes incontestablement en présence d'une abrogation implicite que le juge se bornera à constater³¹⁸⁰; on ne saurait tenir le même raisonnement dans la seconde configuration sans déformer abusivement le concept employé, dans la mesure où "l'abrogation suppose l'intervention d'un texte postérieur qui fasse perdre à l'acte initial sa validité et, par là même, mette fin à son existence"³¹⁸¹. Si l'on veut que la norme législative chute en raison de son incompatibilité avec le texte international, il faudra alors reconnaître une vertu supplémentaire à l'arrêt qui l'a démasquée et, à l'image de ce que nous avons proposé en matière de déclaration d'illégalité, faire en sorte qu'une obligation d'abrogation automatique de l'acte condamné pèse sur l'autorité compétente (ici le législateur), seul moyen de parachever le travail juridictionnel.

2 - Le droit positif, faute de consacrer incontestablement une des solutions sus-évoquées, trahit-il pour le moins une préférence pour l'une ou l'autre ? Les seules décisions pouvant être interprétées comme un début de tendance s'inscrivent dans l'hypothèse d'une loi ancienne contrariée par la survenance ultérieure d'un acte international ; elles confirment toutes le sentiment qu'exprimait M. Massot dans ses conclusions sur un arrêt d'Assemblée en date du 8 avril 1987³¹⁸² : "l'entrée en vigueur d'une convention postérieure à une loi qu'elle contredit directement entraîne l'abrogation du texte de droit interne". Ainsi le Conseil d'État a-t-il déjà considéré que les dispositions du Traité de Rome avaient eu "pour effet de supprimer" certaines dispositions législatives antérieures à son entrée en vigueur³¹⁸³ ; de surcroît, le terme d'"abrogation implicite" a été une fois utilisé à l'occasion d'une situation similaire³¹⁸⁴. Si de tels indices se révèlent insuffisants pour étayer avec certitude la thèse de la chute de la loi contredite par un texte international plus récent, ils incitent cependant l'observateur à pencher en ce sens. Et au cas où cette analyse viendrait à se confirmer, il faudrait assurément estimer que la constatation de la contrariété d'une loi postérieure à un Traité mérite également qu'on lui attribue une force supérieure à la simple "mise entre parenthèses" du texte en question, tant il est vrai qu'"il paraît difficile de faire une différence entre les effets juridiques d'une déclaration d'incompatibilité selon que la loi est antérieure ou postérieure au Traité"³¹⁸⁵.

B. La solution envisageable s'avère délicate à mettre en œuvre

Conformément à la tendance qui vient d'être retracée, nous partirons du principe qu'une loi incompatible avec un Traité doit disparaître de l'ordre juridique, quelle que soit la situation chronologique de sa promulgation. Cette solution semble en effet la seule satisfaisante au regard des exigences de sécurité et de clarté qui doivent animer notre système juridique, par nature réfractaires à l'applicabilité "à éclipses" d'une norme. Un texte législatif reconnu contraire à un acte international supérieur doit être considéré comme invalide une fois pour toutes ; si ce dernier vient à disparaître ou à perdre sa valeur, il incombera au législateur, s'il le désire, de rétablir les dispositions auxquelles sa présence s'opposait jusque là, en votant un texte

³¹⁸⁰ Sur cette notion d'abrogation implicite, voir *supra*, Partie I, Titre I, Sous-titre II.

³¹⁸¹ C.M., F.D. et Y.A., *art. cit.*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.101.

³¹⁸² Conclusions publiées au *Lebon* 1987, p.128 (arrêt *Ministre de l'Intérieur c/ Peltier*).

³¹⁸³ C.E., Ass., 22/01/1982, *Conseil régional de l'ordre des experts-comptables*, p.28.

³¹⁸⁴ Cf. C.E., 30/01/1981, *Jacquesson*, p.39. A noter cependant que le Conseil d'État, bien qu'évoquant la possibilité d'une telle abrogation implicite, ne la retient pas en l'espèce, après avoir contrôlé certaines dispositions du Code général de Impôts au regard de l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³¹⁸⁵ C.M., F.D. et Y.A., *art. cit.*, *Actualité juridique, Droit administratif* 1991, p.101.

nouveau reproduisant l'ancienne loi. Ainsi, chacun saura exactement à quoi s'en tenir. Le tout est de déterminer le mécanisme qui permettra d'obtenir une corrélation automatique entre la constatation juridictionnelle de l'incompatibilité des dispositions législatives avec le Traité et l'abrogation de celles-ci, question qui ne se pose concrètement qu'à l'égard des lois postérieures³¹⁸⁶. Le premier réflexe est de se tourner vers les suggestions formulées à ce propos dans le domaine de l'exception d'illégalité. Mais une transposition pure et simple, dans le contrôle de conventionalité des lois, du mécanisme d'abrogation obligatoire que nous avons prôné pour parfaire la reconnaissance incidente d'une illégalité ne va pas de soi, loin s'en faut : comment en effet imaginer qu'une décision émanant du juge administratif puisse enjoindre, même indirectement, au Parlement de prendre les mesures qui s'imposent ? Pareille injonction paraît difficilement concevable, même s'il s'agit seulement d'organiser l'effacement pur et simple de la loi en cause³¹⁸⁷. Il faut donc s'en remettre ici au bon vouloir du législateur qui, rendu conscient par le jugement rendu que son ancien texte est désormais inapplicable, accepte de lui-même d'effectuer le "toiletage" qui s'impose.

II - Pour un éventuel futur contrôle de constitutionnalité par voie d'exception

Le projet de conférer une compétence d'exception au Conseil constitutionnel en complément du pouvoir de contrôle des lois avant promulgation dont il dispose depuis 1958, resurgit de manière cyclique dans le débat politique. Si certains y voient une "arlésienne", on doit se souvenir que celle-ci a pris consistance dans deux projets de révision de la Constitution, l'un présenté au Parlement en 1990³¹⁸⁸, l'autre établi en 1993, à l'inspiration des propositions du Comité Vedel³¹⁸⁹. Bien qu'aucun d'eux n'ait abouti, l'hypothèse de la consécration future d'une semblable voie de droit n'est donc pas totalement à exclure, même si nombre de juristes se montrent dubitatifs sur les vertus de son introduction en droit français³¹⁹⁰. Aussi est-il bon de

³¹⁸⁶ Aucun problème, répétons-le, lorsque la loi préexistait au texte international, puisque son abrogation a ici déjà été réalisée implicitement, et il suffit au juge de prendre acte de sa disparition.

³¹⁸⁷ Il serait encore plus impensable d'imaginer que le juge, mettant à jour les insuffisances du texte législatif au regard des prescriptions de la norme internationale, fasse indirectement obligation au législateur de transformer la loi pour la rendre conforme à celles-ci, problème qui pourrait notamment se poser en matière de transpositions des directives communautaires en droit interne (sur ce problème, voir notamment D. de Béchillon, *art. cit.*, *Revue du droit public* 1991, pp.775/776).

³¹⁸⁸ Sur ce projet, voir en particulier "L'exception d'inconstitutionnalité ; le projet de réforme de la saisine du Conseil constitutionnel, *Revue française de droit constitutionnel* 1990, n°4 (7 études).

³¹⁸⁹ Pour une présentation générale des propositions établies par celui-ci, voir notamment O. Passelecq, "La philosophie du Rapport Vedel : une certaine idée de la Cinquième République", *Revue française de droit constitutionnel* 1993, p.227.

Et pour une approche du seul problème qui nous intéresse ici, voir J. Viguiier, "La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité des lois dans les projets français de 1990 et 1993", *Revue du droit public* 1994, p.969.

³¹⁹⁰ Se faisant leur porte-parole, voir notamment R. Chapus, (*Droit administratif général*), t. I, n°79-3 qui, évoquant l'échec de la procédure de révision, avoue n'en pas "éprouver de bien grands regrets (...). Les dispositions législatives en vigueur ne sont en effet certainement pas légion. Mieux vaut qu'elles subsistent jusqu'à ce que le Parlement en soit saisi qu'ouvrir la voie à un risque permanent, tant de perturbation de l'administration de la justice, que d'instabilité et d'insécurité juridique. Quant aux chances que les mesures adéquates interviennent dans des délais raisonnables, elles sont des plus sérieuses, étant donné l'incessant renouvellement de notre législation et compte tenu de la soumission des lois nouvelles, avant leur promulgation, au contrôle du Conseil constitutionnel". Pour une évaluation générale des avantages et des inconvénients que présenterait une telle réforme, Cf. L. Favoreu, "L'exception d'inconstitutionnalité est-elle indispensable en France ?", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VIII, 1992, p.11.

A noter cependant que d'autres juristes se déclarent au contraire favorables à l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité en France, en ce qu'elle rapprocherait, à l'instar d'autres pays, la juridiction constitutionnelle

s'interroger, dans la perspective qui est la nôtre, sur les effets que produiraient une déclaration incidente d'inconstitutionnalité, car ceux-ci pourraient largement s'inspirer des lignes directrices que nous avons tracées dans le domaine de la déclaration d'illégalité³¹⁹¹.

A. La solution retenue par les projets de révision

L'article 2 du projet de loi constitutionnelle du 29 mars 1990 (reproduit tel quel par le projet de 1993) déterminait les effets à conférer à la décision du Conseil constitutionnel répondant à la question préjudicielle qui lui était posée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Lorsqu'aurait été constatée par ce biais la contrariété à la Constitution de la disposition de loi suspecte, celle-ci, pour paraphraser le texte du projet, aurait cessé d'être applicable, notamment aux procédures en cours, y compris devant le juge de cassation. En d'autres termes, on optait pour un effet différent de celui qui s'attache aujourd'hui à une déclaration d'illégalité, mais présentant quelques analogies avec lui :

- Une double dissemblance séparait les incidences des deux procédés comparés. En premier lieu, on doit admettre que toute reconnaissance d'une inconstitutionnalité par le juge habilité à ce faire, qu'elle ponctue un contrôle exercé par voie d'action (ici avant promulgation de la loi, dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution) ou d'exception (tel que le prévoyait le projet de 1990 et 1993), possède une vertu suffisante pour, à elle seule, faire chuter les dispositions qu'elle concerne. On ne saurait envisager qu'elle se contente d'indiquer au Parlement la nécessité de les abroger ou de les remplacer³¹⁹². De là découle tout naturellement la deuxième spécificité par rapport à une simple déclaration d'illégalité : la norme législative disparaissant de l'ordre juridique, la déclaration incidente d'inconstitutionnalité se trouve par définition dotée d'un effet absolu³¹⁹³, et les juridictions s'y appuieront d'office pour trancher un litige qui intéressait l'application de l'ancien texte désormais déchu³¹⁹⁴.

- Par delà ces divergences, un parallèle s'établit entre les conséquences des reconnaissances indirectes d'une inconstitutionnalité et d'une illégalité. Dans les deux hypothèses, l'inapplicabilité qui frappe la norme viciée vaut essentiellement pour l'avenir³¹⁹⁵. Les seules incidences qu'elles produisent sur le passé n'intéressent que des situations non définitivement cristallisées, et notamment celle du requérant au litige ayant conduit à l'appréciation incidente

du citoyen. Cf. en particulier P. Cambot, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Thèse Pau 1995.

³¹⁹¹ Un tel sujet mériterait bien évidemment un approfondissement bien plus important, notamment à la lumière d'exemples étrangers. Mais il touche notre étude beaucoup trop indirectement pour qu'on se livre ici à une telle recherche.

³¹⁹² Cette force spécifique, les décisions du Conseil constitutionnel la tirent de l'article 62 de la Constitution, qui prévoit qu'elles "s'imposent aux pouvoirs publics" (...).

³¹⁹³ En effet, si nous avons souligné, au Chapitre précédent, la fausseté de la corrélation entre effet relatif et maintien de l'acte dans l'ordonnement juridique, l'inverse ne se vérifie pas : l'éradication d'une disposition illégale suppose, par hypothèse, effet absolu de chose jugée.

³¹⁹⁴ L'effet absolu de la déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception peut également se fonder sur l'article 62 de la Constitution, puisque celui-ci impose parallèlement les décisions du Conseil constitutionnel "à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

³¹⁹⁵ Le projet de révision constitutionnelle de 1990 prévoyait que la disposition censurée cessait d'être applicable à compter de la date de la publication de la décision du Conseil. Une telle construction fustige encore une fois l'assimilation grossière parfois pratiquée entre effet absolu et rétroactivité (Cf. *supra*, Section précédente).

de validité. En revanche, les concrétisations individuelles³¹⁹⁶ antérieures du texte irrégulier qui n'ont pas été querellées en temps utile ne pâtiennent en rien de la décision juridictionnelle³¹⁹⁷.

B. L'autre voie praticable

L'option retenue par le projet de 1990, à savoir l'effet essentiellement abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité³¹⁹⁸, entendait dissiper certaines craintes³¹⁹⁹ que soulevait l'idée même d'un contrôle *a posteriori* de la loi en France. Mais en fixant avec trop de fermeté et de netteté les incidences dans temps de la décision du Conseil constitutionnel, on interdisait *ipso facto* à ce dernier l'exercice d'un pouvoir de modulation qui, à cet égard, s'avère parfois indispensable³²⁰⁰. A l'instar de ce que nous avons préconisé dans le domaine de la déclaration d'illégalité, le juge de la loi devrait donc se voir doter d'une telle prérogative. Mais elle jouerait ici essentiellement, voire uniquement, afin d'insuffler une rétroactivité exceptionnelle à l'appréciation portée : lorsque le besoin s'en ferait sentir, le juge constitutionnel serait ainsi à même de conférer un plein effet *ex tunc* à la décision qu'il prononce, ce qui s'envisage aisément en matière pénale, pour peu que l'invalidation du texte législatif soit susceptible de provoquer une réduction, voire une exclusion des sanctions qui avaient été prononcées sur cette base³²⁰¹. En revanche, on voit mal la juridiction suprême conférer à sa décision un strict effet *ex nunc* - ce qui reviendrait à limiter les effets de son appréciation aux situations non encore créées, et priver ainsi de son bénéfice les procès en cours -, et moins encore décider de différer la chute

³¹⁹⁶ Il convient d'insister sur ce point. Les concrétisations réglementaires que la loi reconnue inconstitutionnelle avait pu connaître antérieurement à la décision du juge tomberont au contraire automatiquement avec elle, même si elles n'ont pas fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en leur temps, car elles perdent tout fondement légal et ne peuvent plus, dès lors, régir valablement quoi que ce soit.

³¹⁹⁷ Pour ce qui est de la loi, ces concrétisations individuelles sont souvent des jugements rendus sur sa base et passés en force de chose jugée, ce qui pose un problème relatif au principe d'égalité devant la justice, comme l'a fait remarquer le professeur F. Luchaire : "Deux complices sont condamnés par le Tribunal correctionnel ; l'un ne fait pas appel, sa condamnation est définitive ; l'autre fait appel et il se trouve que la disposition définissant l'infraction est déclarée contraire à la Constitution avant la décision de la Cour qui devra, alors, le relaxer ; peut-être pourrait-on soutenir que la décision du Conseil constitue un fait nouveau justifiant une demande de révision. Mais la procédure de révision est tout à fait exceptionnelle et, dans de nombreux cas, il sera difficile de corriger l'inégalité provenant du fait qu'un litige a été définitivement réglé avant ou après la déclaration d'inconstitutionnalité" ("Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions : Une réforme constitutionnelle différée", *Revue du droit public* 1990, pp.1625 s, et spécialement p.1643).

³¹⁹⁸ Etant entendu que l'autre facette des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité (c'est-à-dire tout ce qui a trait à leur caractère absolu) ne constitue pas une "option", puisqu'ils sont imposés par l'article 62 de la Constitution.

³¹⁹⁹ Lire notamment en ce sens l'article rassurant de G. Vedel, "Réforme de la Constitution, ni gadget, ni révolution" (*Le Monde*, 6 avril 1990) : "quant aux effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le projet les a exactement mesurés en évitant Charybde et Scylla : il serait absurde que la déclaration ne "profite" qu'au plaideur qui l'a provoquée ; il serait très dangereux qu'elle remette en cause tous les effets qu'a produits dans le passé la loi qui vient d'être censurée. Celle-ci ne sera plus applicable à l'avenir, cet effet s'étendant aux procédures en cours. Ainsi sont conciliées les exigences de la logique et celles de la sécurité juridique".

³²⁰⁰ Voir notamment en ce sens B. Genevois, "L'accès de l'individu à la justice constitutionnelle : exception d'inconstitutionnalité et recours individuel direct", *Revue internationale de Droit comparé* 1990, n° spécial, vol.12, p.87, note 44 : "sur le plan technique, la formule qui nous paraît la plus appropriée est celle qui laisse au juge constitutionnel le soin de déterminer lui-même les effets dans le temps de la décision déclarant la loi inconstitutionnelle, compte tenu des exigences de l'espèce et des exigences de sécurité juridique".

³²⁰¹ Sur ce point, voir notamment P. Bon "Le Tribunal constitutionnel : étude d'ensemble", p.81 ; in *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica 1984 (ouvrage cosigné avec MM. F. Moderne et Y. Rodriguez).

du texte inconstitutionnel³²⁰². Dans l'optique que semble privilégier le droit français, l'exception d'inconstitutionnalité ne serait recevable qu'à l'encontre de disposition législatives intéressant les droits fondamentaux de l'individu consacrés à l'échelle constitutionnelle ; il apparaît dès lors inconcevable de retarder les retombées de la décision du Conseil qui reconnaîtrait la violation, par le texte qui lui est soumis, de normes à ce point impératives³²⁰³.

En resituant l'atténuation du clivage classique dans un contexte plus global (évolutions du recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité), nous avons pu déceler un véritable dépassement de celui-ci par l'idée transversale d'acquis, qui relativise les effets de l'annulation et a permis à la déclaration d'illégalité de mieux sanctionner l'irrégularité de l'action administrative en identifiant avec précision ce qu'il convient réellement de protéger. Mais de nombreuses améliorations des conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif sont encore à attendre, tant par correction de leurs défauts les plus criards, que par reconsidération de certaines lourdeurs qui les affectent depuis leur origine !

³²⁰² Prérogatives qu'exercent pourtant certaines Cours constitutionnelles comme le souligne G. Isaac (*art. cit., Cahiers de Droit européen* 1987, p.447).

³²⁰³ Voir en ce sens F. Luchaire, *art. cit.* p.1644. Aussi peut-on douter du bien-fondé de la suggestion du rapporteur E. Dailly de maintenir, en dehors des procédures en cours, l'applicabilité de la disposition reconnue viciée "durant un an à compter du jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel" (Doc. Sénat 1993, n°316, p.40). Afin d'éviter le risque de vide juridique, il apparaissait plus rationnel, comme le proposait encore M. Dailly, d'organiser une saisine automatique du Parlement et une obligation faite à celui-ci d'y pallier (*ibid.*).

CONCLUSION GENERALE

Arrivé au terme de cette étude, nous souhaiterions tout d'abord dissiper un malentendu susceptible de naître dans l'esprit d'un lecteur pressé qui se contenterait d'en survoler les grandes lignes. Loin de nous la volonté d'affirmer qu'il n'existe plus de différences majeures entre conséquences de l'annulation et effets d'une déclaration d'illégalité ; un désir qu'il en aille un jour ainsi ne nous anime pas plus. La spécificité de chacune des voies de droit que ponctuent de tels jugements s'opposera toujours à une pareille identité, du fait notamment de la situation particulière des actes qui leur sont respectivement soumis (actes non définitifs dans le premier cas ; le plus souvent à l'abri d'un recours contentieux direct dans le second). Le "dépassement" du clivage traditionnel dont nous avons fait état est d'un autre ordre. Faute de retracer une véritable uniformisation, il souligne, au travers de l'idée d'acquis qui lui sert d'instrument, qu'ont été conciliés de façon comparable dans les deux domaines un élément purement juridique (la garantie de la légalité de l'action administrative) et un élément sociopolitique (la sécurité non seulement des administrés, mais aussi de l'action administrative).

En cela, la matière apparaît assez révélatrice de l'évolution générale que connaît, depuis un certain nombre d'années, le contentieux administratif. Lui qui avait longtemps navigué sur les eaux limpides des certitudes lentement acquises, des principes sécurisants car issus de constructions purement intellectuelles (et, partant, dotées de la solidité de façade des concepts qui n'intègrent aucun paramètre pratique), s'est un jour trouvé immergé dans la réalité moins sereine des préoccupations purement matérielles. Le juge a peu à peu pris conscience de la confiance que mettaient en lui les administrés, et s'est progressivement senti investi non seulement d'une mission de rempart contre ceux qui mésusent, à leur détriment, de la puissance publique, mais également de révélateur de leurs droits. Cette évolution engendrait nécessairement la perturbation d'une logique initialement désincarnée et, on peut l'affirmer, moins portée à la protection du justiciable qu'à celle des intérêts publics. Mais, parallèlement, l'essence originale de la juridiction administrative l'empêchait de se montrer insensible aux impératifs supérieurs, et cette inclinaison naturelle, aussi importants que soient les égards actuels aux droits des particuliers, ne pourra jamais totalement être occultée. Ce conflit quasi tectonique a disloqué le vieux socle sur lequel reposaient les conséquences classiques des constatations d'illégalité : en relativisant fortement le caractère objectif de l'excès de pouvoir, et donc de l'annulation prononcée dans son cadre, il a conduit simultanément à un ajustement des deux forces en opposition en matière d'exception d'illégalité. Désormais, l'idée d'acquis parcourt les deux domaines et réunit en particulier, au sein de chacun d'entre eux, ce qu'il est apparu souhaitable de sauvegarder - au profit des administrés ou de l'action administrative - nonobstant l'identification d'une illégalité.

Regrouper l'ensemble des résistances aux constatations d'illégalité dans un concept aussi vaste que celui d'"acquis" ne poursuivait d'autre ambition, outre l'attestation de la transformation sus-évoquée, que de faciliter une appréciation critique de cette dernière. De fait, nous avons pu déplorer un certain nombre d'anomalies, comme la prudence excessive qui habite encore la jurisprudence dans le domaine de la déclaration d'illégalité (s'il semble normal de prendre ici plus de précautions qu'en matière d'annulation en raison de la tardiveté de principe de l'intervention juridictionnelle, on doit en revanche combattre toute forme de pusillanimité

lorsque rien ne justifie réellement la mise en échec des exigences de la légalité). La démarche suivie, à savoir une prise de recul par rapport aux données exclusivement théoriques pour mieux cerner la réalité contentieuse et apprécier - c'est-à-dire mesurer objectivement, mais aussi juger - le décalage qui les sépare, mérite sans doute d'être appliquée à d'autres hypothèses. Le contentieux administratif repose encore sur des principes séculaires qu'il convient de ne pas mettre globalement à mal, ne serait-ce que pour bénéficier d'un héritage à même de fournir de saines fondations aux édifications futures. Mais cette sauvegarde passe assurément par une réflexion approfondie sur la moindre règle, même celle en apparence la plus incontournable, afin de déterminer si sa formulation est réellement adaptée aux orientations contemporaines de la jurisprudence. On s'expose, sans cela, au danger qui guette le domaine des conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif, à savoir la parcellisation. Une dévotion aveugle aux schémas didactiques rigides interdit de saisir l'exacte portée de phénomènes nouveaux : grande est la tentation de les reléguer au rang d'exceptions de plus en plus nombreuses, alors qu'ils nécessiteraient parfois une simple inflexion des principes consacrés. Ainsi en est-il allé des rapprochements - irréductibles à nos habitudes de pensée - des effets de l'annulation et de la déclaration d'illégalité. Ne sachant plus très bien quelle place leur conférer au regard du clivage traditionnel, on a fréquemment fustigé leur anormalité. Or, une mise à plat des problèmes laisse transparaître leur indéniable insertion dans une ample dynamique des retombées des constatations d'illégalité qui, une fois appréhendée, se démarque de l'hérésie pour bientôt constituer, nous l'espérons, une nouvelle orthodoxie plus en phase avec la jurisprudence d'aujourd'hui. En somme, il convient constamment de s'interroger sur l'actualité de tel ou tel principe plutôt que de s'arrêter à sa formulation fossile, et de modifier celle-ci dès que nécessaire. C'est à ce seul prix qu'on préservera la cohésion du contentieux administratif.

BIBLIOGRAPHIE PRINCIPALE

I - OUVRAGES

- ALIBERT (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot 1926.
- Association H. CAPITANT, *L'effectivité des décisions de justice*, Economica 1987.
- AUBY (J.-B.) et PERINET-MARQUET (H.), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 4^{ème} édition, Monchrestien 1995.
- AUBY (J.-M.) et BON (P.), *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 1993.
- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Théorie des recours administratifs*, Litec, 1992.
- AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 2 vol., 3^{ème} édition, L.G.D.J. 1984.
- BECHILLON (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Thèse Pau, 1993.
- BERTHELEMY (H.), *Traité de droit administratif*, 13^{ème} édition, Rousseau 1933.
- BOULOUIS (J.), *Droit institutionnel des communautés européennes*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 1993.
- BRAIBANT (G.), *Le droit administratif français*, P.N.S.P. Dalloz (Amphithéâtre), 3^{ème} édition, 1992.
- CARBAJO (J.), *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, L.G.D.J. 1980.
- CHABANOL (D.), *La pratique du contentieux administratif*, Litec 1991.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome I, 9^{ème} édition, Montchrestien 1995.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome II, 8^{ème} édition, Montchrestien 1995.

- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 5^{ème} édition, Montchrestien 1995.
- CHARLES (H.), *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français ; Contribution à une théorie de l'opération administrative*, L.G.D.J. 1968.
- DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J. 1993.
- DI MANNO (T.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica 1994.
- DOUENCE (J.-C.), *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, L.G.D.J. 1968.
- DRAN (M.), *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J. 1968.
- DUGRIP (O.), *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, P.U.F. 1991.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Cujas, (réimpression) 1974.
- DUPEYROUX (O.), *La règle de non-rétroactivité des actes administratifs*, L.G.D.J. 1954.
- DURAND (C.), *Les rapports entre juridictions administrative et judiciaire*, L.G.D.J. 1956.
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 8^{ème} édition, Sirey 1995.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public*, L.G.D.J. 1964.
- FOLLIOU (L.), *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Thèse Paris 2, 1994
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J. 1972.
- GJIDARA (M.), *La fonction administrative contentieuse*, L.G.D.J. 1972
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Sirey, 1900
- IMBERT (C.), *L'évolution du recours pour excès de pouvoir de 1872 à 1900*
- ISRAEL (J.-J.), *La régularisation en droit administratif*, L.G.D.J. 1981.

- JACQUOT (H.), *Droit de l'urbanisme*, 2^{ème} édition, Dalloz 1991.
- KELLERSHOHN (M.), *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Thèse Bordeaux, Cadoret 1915.
- KORNPORST (B.), *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J. 1959.
- LACHAUME (J.-F.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif*, 7^{ème} édition, P.U.F. (Thémis), 1993.
- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, 2 tomes, Berger-Levrault, 1896.
- LAUBADERE (A. de), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, 2 vol., 2^{ème} édition L.G.D.J. 1984.
- LAUBADERE (A. de), VENEZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. I, 12^{ème} édition, L.G.D.J. 1992.
- LESAGE (M.), *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, L.G.D.J. 1960, p.318.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^{ème} édition Sirey 1993.
- MATHIEU (B.), *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica 1987.
- MESTRE (A.), *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, L.G.D.J., 1974.
- MORENO (D.), *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*, L.G.D.J. 1991.
- MUZELLEC (R.), *Le principe d'intangibilité des actes administratifs individuels*, Thèse Rennes, dactyl., 1971.
- NIZARD (L.), *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, L.G.D.J. 1962.
- OBERDORFF (H.), *L'exécution par l'administration des décisions du juge administratif*, Thèse Paris 2, 1981
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, 6 fasc., Les cours du droit, 6^{ème} édition, 1977-1981.
- OULD BOUBOUTT (A.-S.), *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica 1987

- PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, P.U.F. (Droit fondamental), 3^{ème} édition, 1994.
- PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, L.G.D.J., 1977.
- PAVLOPOULOS (P.), *La directive en droit administratif*, L.G.D.J. 1978.
- PEQUIGNOT (G.), *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone 1945.
- POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J. 1991.
- RAINAUD (J.-M.), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, L.G.D.J. 1966.
- RIVES (A.), *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris, 1908.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.), *L'autorité de chose décidée*, L.G.D.J. 1969.
- SEILLER (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse Paris 2, 1995.
- SOTO (J. de), *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs*, thèse 1941.
- SOTO-KLOSS (E.), *L'application dans le temps des actes administratifs*, Paris 1968.
- STAUB (M.), *L'indivisibilité en droit administratif*, Thèse Paris 2, 1994.
- TALLINEAU (L.), *Les actes particuliers non créateurs de droits*, Thèse Poitiers 1972.
- VEDEL (G.), DELVOLVE (P.), *Droit administratif*, P.U.F. (Thémis), 12^{ème} édition, 2 vol., 1992.
- VEDEL (G.), DELVOLVE (P.), *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey 1991.
- WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, Pédone, 1952.

II - ARTICLES

- ABRAHAM (R.), "Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français",
Revue française de droit administratif 1990, p.1053.
- ARTHUIS (J.), Rapport sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif du 10/06/1992 ; Doc. Sénat, n° 400.
- AUBY (J.-B.), "Petite loi d'urbanisme ; beaucoup de bruit sans raison",
Etudes foncières n°62, mars 1994, p.7.
- AUBY (J.-M.), "L'"ultra petita" dans la procédure contentieuse administrative",
in Mélanges Waline 1974, t.2, p.267
- AUBY (J.-M.), "L'abrogation des actes administratifs",
Actualité juridique, Droit administratif 1967, p.131.
- AUBY (J.-M.), "L'incompétence rationae temporis. Recherche sur l'application des actes administratifs dans le temps",
Revue du droit public 1953, p.5.
- AUBY (J.-M.), "L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux",
Revue du droit public 1959, p.431.
- AUBY (J.-M.), "Le décret du 28 novembre 1983",
Actualité juridique, Droit administratif 1984, p.126.
- AUBY (J.-M.), "Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative",
Actualité juridique, Droit administratif 1966, p.5
- AUBY (J.-M.), "Sur une pratique excessive : les validations législatives",
Revue de droit prospectif 1977, n°3 et 4, p.11.
- AUVRET (P.), "La notion de droits acquis en droit administratif français",
Revue du droit public 1985, p.53.
- BACQUET (A.), "Exception d'illégalité",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif
- BAILLY (M.), "L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983",
Revue du droit public 1985, p.1534.

- BARTHELEMY (J.), "Exception d'illégalité",
Jurisclasseur Dalloz Droit administratif, Fascicule n°664.
- BATAILLER (F.), "Les beati possidentes du droit administratif
(les actes unilatéraux créateurs de privilèges)",
Revue du droit public 1965, p.1051.
- BAUDOIN (J.-M.), "La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements",
Revue trimestrielle de Droit civil, 1992, p.532.
- BAZEX (M.), "L'implosion du dualisme de juridiction",
Pouvoirs 1988, p.35.
- BECHILLON (D. de), "L'applicabilité des directives communautaires
dans la jurisprudence du Conseil d'Etat",
Revue du droit public 1991, p.759.
- BECHILLON (D. de), "Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle :
une présentation graphique",
Les petites affiches, 14/05/1990, p.10.
- BECHILLON (D. de), "Le contrat comme norme dans le droit positif",
Revue française de droit administratif 1992, p.15.
- BECHILLON (D. de), "Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence
du Conseil d'Etat",
Revue du droit public 1994, p.1793.
- BERGERES (M.-C.), "Les actes non réglementaires",
Actualité juridique, Droit administratif 1980, p.3
- BERLIA (G.), "Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes
administratifs", *Revue du droit public* 1940, p.370.
- BLAEVOET (C.), "De l'intangibilité des ouvrages publics",
Dalloz 1965, chron., p.241.
- BON (P.), "Un progrès dans l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980
relative aux astreintes en matière administrative",
Revue du droit public 1981, p.5.
- BONICHOT (J.-C.), "Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat
et la Cour de justice des communautés européennes",
Revue française de droit administratif 1989, p.579.
- BOULANGER (G.) et DUPAIGNE (G.), "La balance sans le glaive",
Gazette du Palais 1987, p.468.
- BOUTET (D.), "Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité",
Revue du droit public 1990, p.1735.

- BOUYSSOU (F.), "Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme",
Actualité juridique, Droit administratif 1994, p.208.
- BRAIBANT (G.), "Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat",
La Revue administrative 1987, p. 419.
- BRAIBANT (G.), "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1961, n°15, p.53.
- BRISSET (V.), "Annulation du P.O.S. et compétence des autorités décentralisées",
Les petites affiches, 4 août 1993, n°93, p.13.
- CARRIAS (P.), "La fin d'un "déni de justice" (le second alinéa, ajouté à l'article L.12-5 du code de l'expropriation)", *Dalloz* 1995, chron., p.217.
- CHABANOL (D.), "Contrôle de légalité et liberté de l'administration",
Actualité juridique, Droit administratif 1984, p.14.
- CHABANOL (D.), "Un printemps procédural pour la juridiction administrative ?",
Actualité juridique, Droit administratif 1995, p.388.
- CHAPUS (R.), "L'administration et son juge. Ce qui change"
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1992, n°43, p.259.
- CHAPUS (R.), "Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat",
in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P.U.F. 1989, p.181.
- CHAPUS (R.), Rapport de synthèse du colloque "le juge administratif et les procédures d'urgence", *Gazette du Palais*, 6/06/1985, p.8.
- CHARLES (H.) et HOCREITERE (P.), commentaire du Rapport du Conseil d'Etat "L'urbanisme : pour un droit plus efficace",
Revue française de droit administratif 1992, p.711.
- CHEVALLIER (F.), "La fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes",
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.331.
- CHEVALLIER (J.), "L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur",
Actualité juridique, Droit administratif 1972, n°6, p.69.
- CHEVALLIER (J.), "Le droit administratif, droit de privilège ?",
Pouvoirs 1988, n°46, p.61.
- CHRETIEN (M.), "De la belle carrière promise à la notion d'opération complexe",
Actualité juridique, Droit administratif 1982, p.20.

- CLIQUENNOIS (M.), "Que reste-t-il des directives ?",
Actualité juridique, Droit administratif 1992, p.3.
- COLLOQUE DE DOUAI, actes dactylographiés (1992).
- COMBARNOUS (M.), "Réforme du contentieux administratif :
du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987",
Actualité juridique, Droit administratif 1995,
n° spécial du cinquantenaire, p.175.
- CONSEIL D'ETAT (Rapport), "L'urbanisme : pour un droit plus efficace",
La Documentation française 1992.
- CONSEIL D'ETAT, (Rapport) Régler autrement les conflits,
La Documentation française, 1993.
- CONSEIL D'ETAT, Rapport sur l'exécution des juridictions administratives
(Rapport Bacquet),
Revue française de droit administratif 1990, p.493
- CONSEIL D'ETAT, Rapports annuels,
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1983 à 1995.
- CORBEL (P.), "L'annulation partielle des actes administratifs",
Actualité juridique, Droit administratif 1972, p.138.
- COSTA (J.-P.), "Le Médiateur et la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat",
La Revue administrative 1985, p.543.
- COSTA (J.-P.), "L'exécution des décisions de justice",
Actualité juridique, Droit administratif 1995,
n° spécial cinquantenaire, p.227.
- DEBBASCH (C.), "L'interprétation par le juge de la demande des parties",
La semaine juridique 1982, I, n°3085.
- DEBEYRE (G.), "Le recours pour excès de pouvoir et le contrat",
Revue du droit public 1938, p. 215.
- DELBEZ (L.), "La révocation des actes administratifs",
Revue du droit public 1928, p.467.
- DELVOLVE (G.), "Chose jugée",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif.
- DELVOLVE (G.), "Dualité de juridiction et autorité de la chose jugée",
Revue française de droit administratif 1990, p.795.
- DELVOLVE (P.), "Acte administratif",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif.

- DELVOLVE (P.), "De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux",
Daloz 1984, chron. p.137 ;
Revue française de droit administratif 1984, p.21.
- DELVOLVE (P.), "L'exécution des décisions de justice contre "l'administration"",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1983-1984, n°35, p.111.
- DISTEL (M.), "La notion d'opération administrative complexe",
La Revue administrative 1981, p.370
- DUBOIS (P.), "L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des
Communautés Européennes", *Cahiers de Droit européen* 1978, p.434.
- DUBOUCHET (P.), "La tierce opposition en droit administratif.
Contribution à une théorie normative de l'institution",
Revue du droit public 1990, p.709.
- DUGRIP (O.), "Exécution des décisions de la juridiction administrative",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif
- DUGRIP (O.), "Mesures conservatoires et effet suspensif dans la procédure administrative",
Cahiers de l'Institut de Droit européen des Droits de l'Homme, 1995, n°4, p.3.
- DUPEYROUX (O.), "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux",
Revue du droit public 1983, p.565.
- EISENMANN (Ch.), "Le droit administratif et le principe de légalité",
Etudes et documents du Conseil d'Etat, n°11, p.25
- FABRE (L.) et SHARSHAR (M.), "Réforme de l'urbanisme : la loi du 9 février 1994
portant diverses dispositions d'urbanisme et de construction",
La Gazette des communes, 28/02/1994, p.68.
- FABRE-LUCE (H.), "La pérennité des constructions illégales",
Actualité juridique, Propriété immobilière 1987, p.9.
- FAVOREU (L.), "Le Conseil d'Etat défenseur de l'exécutif",
in Mélanges Boulouis, p.237.
- FLAUSS (J.-F.), "L'autorité de chose décidée des actes administratifs individuels
devant le juge civil",
Gazette du Palais 1987, Doctrine, p.623.
- FLAUSS (J.-F.), "Questions préjudicielles",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif.
- FLINIAUX (A.), "Le recours en appréciation de validité",
in Mélanges Hauriou, 1929, p.297.

- FORNACCIARI (M.), "Contribution à la résolution de quelques "paradoxes"",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1988, n°39, p.93.
- FRANCOZ (P.-G.), "Les actes administratifs et l'exception d'illégalité",
Cahiers juridiques de la fonction publique territoriale juin-juillet 1995, pp.15 à 17.
- FRAISSEX (P.), "La réforme de la juridiction administrative par la loi n°95-125
du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile,
pénale et administrative",
Revue du droit public 1995, p.1053.
- GALMOT (Y.) et BONICHOT (J.-C.), "La Cour de justice des communautés
européennes et la transposition des directives en droit national",
Revue française de droit administratif 1988, p.6.
- GARREAU (D.), "Exception d'illégalité et annulation des P.O.S.",
La Gazette des communes, 25 avril 1994, p.68.
- GARREAU (D.), "Les effets de l'annulation d'un P.O.S.",
Revue française de la décentralisation, septembre 1995, p.26.
- GAUDEMET (Y.), "Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction",
Revue française de droit administratif 1990, p.764.
- GAUDEMET (Y.), "Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif",
Revue française de droit administratif 1988, p.424.
- GAUDEMET (Y.), "Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif",
in Mélanges Burdeau, L.G.D.J. 1977, p.805.
- GAZIER (F.), "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme
du contentieux administratif", *Revue du droit public* 1954
- GENEVOIS (B.), "L'accès de l'individu à la justice constitutionnelle :
exception d'inconstitutionnalité et recours individuel direct",
Revue internationale de Droit comparé 1990, n°spécial, vol.12, p.87.
- GEORGEL (J.), "Recours pour excès de pouvoir ; effets",
Jurisque Dalloz, Droit administratif, fascicule n°665
- GILLI (J.-P.), "De l'irresponsabilité pour faute" de l'administration qui refuse un permis",
Revue française de droit administratif 1986, p.470
- GILLI (J.-P.), "Le refus illégal de permis de construire : quelle sanction ?",
Dalloz 1991, chr., p.116.
- GILLI (J.-P.), "Contentieux du permis de construire : la légalité sous réserve",
Actualité juridique, Droit administratif 1995, p.355.

- GILLIG (D.), "La remise en cause du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires",
Les petites affiches, 31 août 1994, n°104, p.7
- GLEIZAL (J.-J.), "Le sursis à exécution des décisions administratives, théorie et politique jurisprudentielle",
Actualité juridique, Droit administratif 1975, p.381.
- GLELE (M.-A.), "Le recours contre une décision administrative négative",
Actualité juridique, Droit administratif 1970, p.21
- GONZALES (G.), "La caducité des actes administratifs unilatéraux",
Revue du droit public 1991, p.1675
- GRANJON (D.), "Les questions préjudicielles",
Actualité juridique, Droit administratif 1968, p.75.
- GUEDON (M.-J.), "Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge",
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.443.
- GUETTIER (C.), "Chose jugée",
Jurisclasseur Dalloz, fasc. 1110.
- GUIHAL (A.), "L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif",
Revue française de droit administratif 1991 p.819.
- GUILLIEN (R.), "Essai sur une réforme générale du contentieux administratif",
Dalloz 1955, chron., p.97.
- HEERS (M.), "La conciliation par le juge administratif et ses déboires",
Les petites affiches, 12 juillet 1995, n°83, p.13.
- HEURTE (A.), "La tierce opposition en droit administratif",
Dalloz 1955, chron., p.70.
- HEURTE (A.), "Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat",
Actualité juridique, Droit administratif 1959, I, p.81.
- HOCREITERE (P.), "L'annulation du refus illégal du permis de construire",
Droit administratif, mars 1994.
- HUBAC (S.) et ROBINEAU (Y.), "Droit administratif : vues de l'intérieur",
Pouvoirs 1988, n°46, p.123.
- HUGLO (C.) et LEPAGE (C.), "Le titre IV de la loi du 8 février 1995 consacré à la juridiction administrative contient-il des dispositions révolutionnaires ?",
Les petites affiches 17 mars 1995, n°33, p.9.

- ISAAC (G.), "La modulation par la C.J.C.E. des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité",
Cahiers de Droit européen 1987, p.444.
- JEGOUZO (Y.), "Les modifications apportées au droit de l'urbanisme par la loi du 9/02/1994", *Revue de droit immobilier* 1994, p.153
- JEZE (G.), "Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques",
Revue du droit public 1913, pp.324 s.
- JOUVE (E.), "Recherches sur la théorie de l'apparence en droit administratif français",
Revue du droit public 1968, p.283.
- KINGUE (N.), "La loi du 16 juillet 1980 sur l'astreinte en matière administrative",
Les petites affiches, 7 et 9 février 1990, p.12 et s., et p. 19 et s.
- LABAYLE (H.), "L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers : le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne",
Revue française de droit administratif 1992, p.619.
- LABAYLE (H.), "La Cour de justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité",
Revue trimestrielle de Droit européen 1982, p.484
- LABETOULLE (D.), "Le cas du droit de l'urbanisme", dans "L'Etat de droit au quotidien",
Les petites affiches, 24/11/1993, n°141, p.52.
- LALA (J.-L.) et DOUBLET (Y.-M.), "La loi n°94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction",
Les petites affiches 29 avril 1994, n°51, p.9.
- LAMORLETTE (B.), "La loi Bosson du 9 février 1994",
Les petites affiches 6 mai 1994, n°54, p.15
- LAMPUE (P.), "Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX^{ème} siècle",
Revue internationale des sciences administratives 1954, p.359.
- LE MIRE (P.), "Inexistence et voie de fait",
Revue du droit public 1978, p.1219.
- LE MIRE (P.), "La limitation dans le temps des effets des arrêts de la C.J.C.E.",
in Mélanges R. Chapus, p.367
- LE MIRE (P.), "La stabilité des relations juridiques"
Actualité juridique, Droit administratif 1980, pp.207
- LEMASURIER (J.), "La sanction des expropriations illégales",
Revue du droit public 1971, p.793.

- LESCLOUS (V.), "L'appréciation des actes administratifs par le juge répressif",
La semaine juridique 1994, I, n°3747.
- LETOURNEUR (M.), "L'apparition de nouveaux éléments subjectifs
dans le recours pour excès de pouvoir",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1953, n°7, p.66.
- LETOURNEUR (M.), "Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1955, n°9, p.37.
- LEVY (B.), "Les actes non réglementaires et l'urbanisme",
Droit et ville 1990, p.5.
- LIARD (J.-J.), "Une lecture critique de la circulaire sur l'urbanisme",
Le Moniteur, 20 mai 1994, p.36.
- LIET-VEAUX (G.), "Des dangers de l'exception d'illégalité",
in Mélanges Pecquignot, p.442
- LLORENS (F.), "Astreintes administratives et exécution des jugements
contre les personnes morales de droit public",
Annales des Universités des Sciences Sociales de Toulouse 1981, p.193.
- LONG (M.), "Le Conseil d'Etat, rouage au cœur de l'administration
et juge administratif suprême",
La Revue administrative 1995, p.5.
- LOSCHAK (D.), "Quelle légitimité pour le juge administratif ?",
Droit et Politique, 1993, p.146.
- LUCE (E.-P.), "Considérations sur le fonctionnement des tribunaux administratifs",
La semaine juridique 1961, Doctrine, n°1658.
- LUCHAIRE (F.), "Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions :
Une réforme constitutionnelle différée",
Revue du droit public 1990, p.1625.
- MAILLOT (D.), "Sur un imbroglio juridique",
Dalloz 1971, chr., p.103.
- MAISL (H.), WIENER (C.) et WOERLING (J.-M.), "Un décret ne fait pas le printemps",
Actualité juridique, Droit administratif 1984, p.126.
- MALIGNER (B.), "Les conséquences de l'annulation des élections municipales",
Revue française de la décentralisation, septembre 1995, p.70.
- MARION (A.), "Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative
et de quelques moyens d'y remédier",
Pouvoirs 1988, n°46, 21

- MASSOT (J.), "Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1979-1980, n°31, p.11.
- MATHIEU (B.), "Les validation législatives devant le Conseil constitutionnel.
Bilan d'une jurisprudence récente",
Revue française de droit administratif 1995.
- MAUGÛE (C.) et SCHWARTZ (R.), "Les conséquences de l'illégalité
des plans d'occupation des sols",
Actualité juridique, Droit administratif mai 1993, n° spécial droit de l'urbanisme, p.50.
- MEGRET (C.), "La portée juridique et les effets de droits de la déclaration d'invalidité
d'un acte communautaire prononcée par la C.J.C.E.
dans le cadre de la procédure instituée par l'article 177 du Traité C.E.E.",
in Mélanges Teitgen, p.311.
- MERTENS DE WILMARS (M.), "Annulation et appréciation de validité dans le traité C.E.E :
Convergence ou divergence ?"
in Mélanges Kutscher, p.299.
- MESCHERIAKOFF (A.-S.), "La compétence liée permet-elle à l'administration
de violer la loi ?",
La Revue administrative 1984, p.575.
- MESTRE (A.), "Recherches sur l'exception d'illégalité",
in Mélanges Hauriou, 1929, p.567
- MODERNE (F.), "Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?",
Revue française de droit administratif 1990, p.798
- MOREL (C.), "Une brèche dans la séparation du pouvoir judiciaire
et du pouvoir administratif",
Actualité juridique, Propriété immobilière 1995, p.299.
- ODENT (B.), "Inexistence",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif.
- ODENT (B.), "L'avocat, le juge et les délais",
in Mélanges R. Chapus, p.483.
- PACTEAU (B.), "Feu sur la jurisprudence Avranches et Desmarets !
Feu la jurisprudence Avranches et Desmarets ?",
in Mélanges J.-M. Auby, 1992, p.249.
- PACTEAU (B.), "La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?"
Actualité juridique, Droit administratif 1995, n° spécial du cinquantenaire, p.151.

- PACTEAU (B.), "Paradoxes et périls du principe de l'effet non suspensif de l'appel en contentieux administratif",
in Mélanges R. Chapus, p.493
- PACTEAU (B.), "Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?",
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1991, p.115.
- PAULIS (E.), "Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de justice des Communautés Européennes",
Cahiers de Droit européen 1987, p.246.
- PEISER (G.), "Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat",
in Mélanges R. Chapus, p.517.
- PEISER (G.), "Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de l'illégalité d'une acte administratif par voie d'exception",
in Mélanges J.-M. Auby (1992), p.277.
- PERINET-MARQUET (H.), "L'inefficacité des sanctions du droit de l'urbanisme",
Dalloz 1991, chron., p.41.
- PETIT (Y.), "Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux",
Revue du droit public 1993, pp. 1291.
- PHEMOLANT (B.), "Quelles nouvelles dispositions en matière d'urbanisme et de construction ?",
Bulletin de jurisprudence du Droit de l'urbanisme, mars 1994, p.4
- PHILIP (L.), "Le sursis à exécution des décisions des juridictions administratives",
Dalloz 1965, chr., p.219.
- PICARD (E.), "La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : aspects administratif",
La semaine juridique 1995, n°3840.
- PLOUVIN (J.-Y.), "Au secours, le juge civil des référés arrive",
Gazette du Palais, 3 et 4 mars 1989, p.3.
- POIROT-MAZERES (I.), "Les décisions d'espèce",
Revue du droit public 1992, p.443.
- PRETOT (X.), "La juridiction administrative à la croisée des chemins",
Droit et Politique, 1993.
- REGLADE, "L'exception d'illégalité en France",
Revue du droit public 1923, p.417.

- RICARD (M.), "Les vices de formes et l'Etat de Droit",
Etudes foncières, n°62, mars 1994, p.10.
- RICARD (M.), "Plaidoyer pour la reconnaissance d'un recours
en déclaration de droit" *Gazette du Palais* 1984.2, p.345.
- RIVERO (J.), "Dualité de juridictions et protection des libertés",
Revue française de droit administratif 1990, p.737.
- RIVERO (J.), "Le Huron au Palais Royal",
Dalloz 1962, chron., p.37.
- RIVERO (J.), "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif
à l'épreuve des faits",
in Mélanges Dabin, t. II, p.826.
- ROBERT (J.), "La bonne administration de la justice"
Actualité juridique, Droit administratif 1995, n° spécial du cinquantième, p.125.
- RONCIERE (M.), "Le juge unique dans la juridiction administrative :
de l'exception à la généralisation",
Les petites affiches, 26 juillet 1995, n°89, p.18.
- ROUAULT (M.-C.), "Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations
entre l'administration et les usagers",
La Revue administrative 1984, p.466.
- ROYANEZ (J.-P.), "Les nouvelles modalités de sursis à exécution",
Les petites affiches 1995 (n° 83, p.40)
- SABLIERE (P.), "Indépendance, complémentarité, connexité, fusion
ou équivalence des procédures administratives concernant une même opération",
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1989, p.145
- SACHS (O.), "La réforme du contentieux administratif issue de la loi du 8 février 1995",
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1995, p.177.
- SISTACH (D.), "Le juge pénal et les actes administratifs d'urbanisme.
Nouveau Code pénal et loi Bosson",
Actualité juridique, Droit administratif 1995, p.674
- STASSINOPOULOS (M.), "Les deux meules et le jeune capitaine",
La Revue administrative 1977, p.146.
- STIRN (B.), "Le Conseil d'Etat après la réforme du contentieux",
Revue française de droit administratif 1988, p.187.
- STIRN (B.), "Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel :
un nouveau visage",
Actualité juridique, Droit administratif 1995, n° spécial du cinquantième, p.183.

- STIRN (M.), "Le juge administratif et les documents d'urbanisme",
Actualité juridique, Droit administratif 1992, p.393.
- TEITGEN-COLLY (C.), "Le juge administratif, un protecteur efficace des tiers en matière de permis de construire ?",
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.618.
- TERCINET (J.), "Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration",
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.2.
- TERNEYRE (Ph.) et BECHILLON (D. de), "Contrats administratifs",
Répertoire Dalloz de contentieux administratif.
- TERNEYRE (Ph.), "Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1988, n°39, pp.69 s.
- TIXIER (G.), "Les effets de l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir",
Dalloz 1957, chron., p.25.
- TOURDIAS (M.), "L'efficacité du recours pour excès de pouvoir en matière d'expropriation",
La semaine juridique 1961, n°1634.
- TRABUCCHI (A.), "L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la C.J.C.E.",
Revue trimestrielle de Droit européen 1974, p.69.
- TSIKLITIRAS (S.), "Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif",
Revue du droit public 1992, p. 679.
- TUROT (J.), "Défaut de transposition d'une directive communautaire. Le choix des armes : la pique ou la masse ?
1^{ère} Partie : Les angles morts de l'exception d'illégalité",
Revue de jurisprudence fiscale 1992, p.863.
- VADALOU (P.), "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration",
Les petites affiches, 29 mai 1995, n°64.
- VEDEL (G.), "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative",
La semaine juridique 1950.I. 851.
- VENEZIA (J.-C.), "Les mesures d'application",
in Mélanges R. Chapus, p 673
- VIGUIER (J.), "La participation des citoyens au processus de contrôle de la constitutionnalité des lois dans les projets français de 1990 et 1993",
Revue du droit public 1994, p.969.

- VINCENT (J.-Y.), "Le retrait des actes administratifs unilatéraux.
Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français",
Revue trimestrielle de Droit européen 1974, p.31.
- VLACHOS (G.), "Le retrait des actes administratifs",
La Revue administrative 1970, p.412.
- WALINE (J.), "La réforme de la juridiction administrative :
un tonneau des Danaïdes ?", in *Mélanges J.-M. Auby*, p. 347 s.
- WALINE (M.), "Etendue et limites du contrôle du juge administratif
sur les actes de l'administration",
Etudes et documents du Conseil d'Etat 1957, p.29.
- WALINE (M.), "Le retrait des actes administratifs",
in *Mélanges Mestre*, 1956, p.563.
- WALINE (M.), "Vers un reclassement des recours du contentieux administratif",
Revue du droit public 1935, p.222.
- WEIL (P.), "Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif",
Dalloz 1958, chronique, p.49.
- WODIE (F.), "L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français",
Actualité juridique, Droit administratif 1969, p.76
- WOEHLING (J.-M.), "Le contrôle juridictionnel de l'administration en droit français",
Revue française d'administration publique 1984, n°30, p.37.
- WOEHLING (J.-M.), "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif
selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi",
Les petites affiches, 24 mai 1995, n°62.
- WOEHLING (J.-M.), "Procédure et pouvoirs du juge en contentieux administratif",
in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, C.N.R.S. 1986, p.73.

III - CONCLUSIONS ET NOTES

- ABRAHAM (R.), conclusions sur C.E., 22/06/1990, Ministre de la défense c/ M. Leprevost, *Revue française de droit administratif* 1991, p.835.
- ABRAHAM (R.), conclusions sur C.E., S., 2 mars 1990 Commune de Boulazac, *Revue française de droit administratif* 1990, p.621.
- AUBY (J.-B.), note sous C.E., 18 mai 1988, Moreels et autres, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.767.
- AUBY (J.-M.), note sous C.E., S., 30/01/1981, Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe transaction, *Dalloz* 1982, p.37.
- AZIBERT (M.) et BOISDEFFRE (M. de), commentaire de C.E., 10/06/1988, S.C.I. de la Z.A.C. de Villarceau et de C.E., 26/02/1988, Commune de Bondouffle, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.443.
- AZIBERT (M.) et BOISDEFFRE (M. de), commentaire de C.E., S., 12/02/1988, Ministre de l'Urbanisme c/ Société des Automobiles Citroën, *Actualité juridique, Droit administratif* 1988, p.331
- BACQUET (A.), conclusions sur C.E., Ass., 15/05/1981, Maurice *Actualité juridique, Droit administratif* 1982, p.86.
- BACQUET (A.), conclusions sur C.E., Ass., 18/01/1980, Bargain, *La Revue administrative* 1980, p.151.
- BACQUET (A.), conclusions sur C.E., Ass., 22/01/1982, Ah Won et Butin, *Revue du droit public* 1982, p.822.
- BACQUET (A.), conclusions sur C.E., S., 4/07/1980, Zemma, *Actualité juridique, Droit administratif* 1980, p.640.
- BARTHELEMY (J.), note sous C.E., Ass., 22/01/1982, Ah Won et Butin, *La semaine juridique* 1983, n°19968.
- BEAUD (O.), note sous C.E., Ass., 3/02/1989, Cie Alitalia, *Revue française de droit administratif* 1989, p.391.
- BIENVENU (J.-J.), note sous C.C., décision n° 85-192 D.C., *Actualité juridique, Droit administratif* 1985, p.486.
- BON (P.) et TERNEYRE (Ph.), observations sous C.E., 29/09/1989, Mme Lamarche-Jacomet,

- Dalloz* 1990, Som. com., p.301.
- BON (P.) et TERNEYRE (Ph.), observations sous C.E., 24/06/1992, Queguiner,
Dalloz 1993, Som. com., p.149.
 - BRAIBANT (G.), conclusions sur C.E., Ass., 10/01/1964,
Ministre de l'agriculture c/ Simonnet,
Revue du droit public 1964, p.182.
 - BRAIBANT (G.), conclusions sur C.E., S., 13/07/1965, Merkling,
La Revue administrative 1966, p.146.
 - CAHEN-SALVADOR (J.), conclusions sur C.E., S., 26/12/1925, Rodière,
Revue du droit public 1926, p.35.
 - CARCASSONNE (G.), note sous C.C., décision n°80-119 D.C. du 22/07/1980,
Actualité juridique, Droit administratif 1980, p.602.
 - CHABANOL (D.), commentaire de la loi du 8 février 1995
et des décrets d'application du 3 juillet 1995,
Revue française de la décentralisation, novembre 1995, p.185.
 - CHAHID-NOURAÏ (N.), conclusions sur C.E., Ass., 3/02/1989, Cie Alitalia,
Revue française de droit administratif 1989, p.391.
 - CHARLES (H.), note sous C.E., 28/01/1987,
Association Comité pour la défense des espaces verts c/ Sté Le Lama,
Dalloz 1987, Som. Com. p.256.
 - COMBARNOUS (M.) et GALABERT (J.-M.), commentaire de C.E., S., 4/03/1960,
Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires,
Actualité juridique, Droit administratif, 1960, 1, p.39.
 - DELPIROU (D.), note sous C.E., 28/01/1987,
Association Comité pour la défense des espaces verts c/ Sté Le Lama,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1987, p.628.
 - DELPIROU (D.), note sous C.E., S., 12/12/1986, Société Gepro,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1987, p.518.
 - DELPIROU (D.), note sur C.E., S., 7/06/1991,
Commissaire de la République de la Corse du Sud c/ Raccat,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1991, p.380.
 - DENOIX DE SAINT MARC (R.) et LABETOULLE (D.), commentaire de C.E.,
Ass., 5/06/1970, Puisoye,
Actualité juridique, Droit administratif 1970, p.489.
 - DONDOUX (P.) conclusions sur C.E., S., 6/02/1981, Dlle Baudet,

- Actualité juridique, Droit administratif* 1981, p.489.
- DOUENCE, (J.-C.), note sous T.C., 27/06/1966, Guigon,
Dalloz 1968, p.7.
 - DOUENCE, (J.-C.), note sous C.E., S., 25/01/1991, Brasseur,
Revue française de droit administratif 1991, p.593.
 - DRAGO (R.), note sous C.E., Ass., 22/01/1982, Ah Won et Butin,
Revue du droit public 1982, p.816.
 - DUBOUIS (L.), note sous C.E., Ass., 3/02/1989, Cie Alitalia,
Revue française de droit administratif 1989, p.391.
 - FEFFER (M.-A.) et PINAULT (M.), commentaire de C.E., S., 17/10/1980, Bert
Actualité juridique, Droit administratif 1980, p.649.
 - FEFFER (M.-A.) et PINAULT (M.), commentaire de C.E., S., 30/01/1981,
Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe transaction,
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.245.
 - FERRARI (P.), note sous C.E., 8/01/1971, U.R.S.S.A.F. des Alpes- Maritimes,
Actualité juridique, Droit administratif 1971, p.160.
 - FERRARI (P.), note sous C.E., S., 18/05/1973, Ville de Cayenne,
Actualité juridique, Droit administratif 1973, p.538.
 - FORNACCIARI (M.), note sous C.E., 5/02/1988, S.C.I. les Granges blanches,
Actualité juridique, Droit administratif 1988, p.357.
 - FOUQUET (O.), note sous C.E., Ass., 3/02/1989, Cie Alitalia,
Actualité juridique, Droit administratif 1989, p.387.
 - FOURRE (J.) et BOYON (M.), commentaire de C.E., S., 7/12/1973,
S.C.A. des Nigritelles ; entreprise Fayolles (2 arrêts),
Actualité juridique, Droit administratif 1974, p.81.
 - FOURRE (J.) et GENTOT (M.), commentaire de C.E., 3 mai 1963 Sieur Alaux,
Actualité juridique, Droit administratif 1963, p.352.
 - FOURRE (J.) et PUYBASSET (M.), commentaire de C.E., S., 24/04/1964,
Société anonyme L.I.C., p.239,
Actualité juridique, Droit administratif 1964, p.293.
 - FRIER (P.-L.), note sous C.E., 15/04/1988, S.C.I. Le Tahiti,
Les petites affiches 9/12/1988, p.8.
 - FRYDMAN (P.), conclusions sur C.E., 21/07/1989,

- Association pour la défense de l'environnement de Golfe Juan et Vallauris,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1989, p.407.
- GALABERT (J.-M.), conclusions sur C.E., S., 18/11/1968,
Ministre des Travaux Publics et des Transports c/ Sieur Silvani,
Actualité juridique, Droit administratif 1967, II, p.222
 - GAUDEMET (Y.), note sous C.E., 27/09/1985, Société Usinor c/ Inouri,
Revue du droit public 1986, p.842.
 - GENEVOIS (B.), conclusions sur C.E., Ass., 15/02/1980,
Association pour la protection du site du Vieux Pornichet,
La semaine juridique 1980, n°19375.
 - GENEVOIS (B.), conclusions sur C.E., S. 26/07/1985, O.N.I.C.,
Revue trimestrielle de Droit européen 1986, p.145.
 - GENEVOIS (B.), conclusions sur C.E., S., 17/02/1982, Société Angélica-Optique Centraix,
Lebon p.419.
 - GENEVOIS (B.), note sous C.E., Ass., 29/04/1981, Ordre des architectes,
Actualité juridique, Droit administratif 1981, p.432.
 - GENTOT (M.), conclusions sur C.E., S., 22/02/1974, Association des propriétaires de Saclas,
Lebon p.134.
 - HAGELSTEEN (M.-D.), conclusions sur C.E., S., 11/01/1991, S.A. Morgane,
Revue de jurisprudence fiscale 1991, p.83.
 - HAGELSTEEN (M.-D.), conclusions sur C.E., S., 1er/06/1979,
Association Défense et Promotion des langues de France,
Lebon p.252.
 - HAGELSTEEN (M.-D.), conclusions sur C.E., S., 30/01/1981,
Ministre du travail c/ Société Afrique France Europe transaction,
Lebon p.32.
 - HAURIOU (M.), note sous C.E., S., 26/12/1925, Rodière,
Sirey 1925, 3, p.49.
 - HENRY (J.-F.), conclusions sur C.E., S., 1er/04/1960, Sieur Quériaud,
Lebon p.245.
 - HOCREITERE (P.), "Le juge constitutionnel et la loi du 9 février 1994",
Revue française de droit administratif 1995, p.7.
 - HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., S., 8/06/1990, Assaupamar,
Actualité juridique, Droit administratif 1990, p.701.
 - HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., S., 30/11/1990,

- Elections cantonales de Chauffailles, Mme Abadie,
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.116.
- HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., S., 11/01/1991, S.A. Morgane,
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.111.
 - HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., S., 30/11/1990,
Association "Les Verts",
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.114.
 - HUBERT (P.), conclusions sur C.E., S., 24/01/1992,
Association des centres distributeurs Edouard Leclerc,
Revue française de droit administratif 1992, p.499.
 - JACOMET (A.), conclusions sur C.E., 10/12/1954, Cru et autres,
Dalloz 1955, p.198.
 - JEGOUZO (Y.), note sous C.E., S., 8/06/1990, Assaupamar,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1991, p.4.
 - KESSLER (D.), conclusions sur C.E., 28/05/1993, Mme Bastien,
Revue française de droit administratif 1994, p.57.
 - LABETOULLE (D.) conclusions sur C.E., S., 17/10/1980, Bert,
Lebon 1980, p.371.
 - LABETOULLE (D.), conclusions sur C.E., S., 4/05/1984, Epoux Poissonnier,
Actualité juridique, Droit administratif 1984, p.511.
 - LAROQUE (M.), conclusions sur C.E., 26/06/1989,
Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale,
Revue française de droit administratif 1990, p.39.
 - LAROQUE (M.), conclusions sur C.E., S., 8/06/1990,
Université de Clermont-Ferrand c/ Rougerie,
Revue française de droit administratif 1991, p.331
 - LASSERRE (B.) et DELARUE (J.-M.), commentaire de
C.E., Ass., 2/12/1983, Charbonnel,
Actualité juridique, Droit administratif, p.76.
 - LATOURNERIE (D.), conclusions sur C.E., S., 5/05/1986, Fontanilles- Laurelli,
Actualité juridique, Droit administratif 1986, p.510.
 - LIET-VEAUX (G.), note sous C.E., Ass., 15/02/1980,
Association pour la protection du site du Vieux Pornichet,
La semaine juridique 1980, n°19375.
 - M. (C.), D. (F.) et A. (Y.), "Le Conseil d'État, le droit à la vie

- et le contrôle de conventionnalité",
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.91 (commentaire de C.E., Ass, 21/12/1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques).
- MASCLET (J.-C.), note sous Cass. Com., 10/12/1985,
Administration des Douanes c/ S.A. Roquette Frères,
Revue trimestrielle de Droit européen 1986, p.161.
 - MATHIEU (B.), note sous C.C., décision n°85-140 L. du 25 juillet 1985,
Revue française de droit administratif 1986, p.831.
 - MATHIEU (B.), note sous C.C., décision n°88-250 D.C. du 29-12-1988,
Revue française de droit administratif 1989, p.862.
 - MAUBLANC (J.-P.), "La fin d'un mythe "ouvrage public mal planté ne se détruit pas" ?",
Revue française de droit administratif 1992, p.65.
 - MAUGÛE (C.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., 25 novembre 1991,
Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer,
Actualité juridique, Droit administratif 1992, p.116
 - MAUGÛE (C.) et SCHWARTZ (R.), commentaire de C.E., S., 24/01/1992
Association des centres distributeurs Edouard Leclerc,
Actualité juridique, Droit administratif 1992, p.336.
 - MODERNE (F.), note sous C.E., 18/05/1973,
Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés,
Actualité juridique, Droit administratif 1973, p.482.
 - MODERNE (F.), note sous C.E., Ass., 27/01/1984, Caillol,
Revue française de droit administratif 1984.
 - MODERNE (F.) et BON (P.), observations sous C.E., S., 5/05/1986, Fontanilles-Laurelli,
Dalloz 1987, Som. com., p.111.
 - MODERNE (F.) et BON (P.), observations sous C.E., 1er/07/1988, Dlle Madère,
Dalloz 1989, Som. com., p.53.
 - MODERNE (F.) et BON (P.), observations sous C.E., 22/01/1988,
Samuel c/ Commune de Montreuil,
Dalloz 1989, Som.com., p.114.
 - MONTGOLFIER (C.), conclusions sur C.E., S., 7/06/1991,
Commissaire de la République de la Corse du Sud c/ Raccat,
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.813
 - MORAND-DEVILLER (D.), note sous C.E., 25 novembre 1991,
Association des amis de Saint-Palais-sur-Mer,
Les petites affiches 29/04/1992, p.7.

- MORAND-DEVILLER (D.), note sous C.E., S., 12/12/1986, Société Gepro,
Les petites affiches 29/04/1988, p.15.
- MORAND-DEVILLER (D.), note sous C.C., décision n°93-335 D.C. 21/01/1994,
La Revue administrative 1994, p.75 et *Revue de droit immobilier* 1994, p.163.
- ODENT (R.), conclusions sur C.E., 27/05/1949, Véron-Reville,
La gazette du Palais 1949, 2, p.34
- PACTEAU (B.), note sous C.E., 26/03/1982, Dlle Sarabay,
La Revue administrative 1982, p.389.
- PACTEAU (B.), note sous C.E., 18/06/1986, Dame Krier,
Dalloz 1987, jurisp., p.193.
- PACTEAU (B.), note sous C.E., 1er/10/1993,
Sté Le Yacht-club international de Bormes-les Mimosas,
Revue française de droit administratif 1994, p.248.
- PACTEAU (B.), note sous C.E., 27/09/1983, Ministre de l'intérieur c/Dridi,
La Revue administrative 1984, p.48.
- PACTEAU (B.), note sous C.E., Ass., 22/01/1982, Ah Won et Butin,
La Revue administrative, 1982, p.387
- PACTEAU (B.), note sous C.E., S., 8/06/1990, Assaupamar,
Les petites affiches, 9/01/1991, p.17.
- POCHARD (M.), conclusions sur C.E., 1er/10/1993,
Sté Le Yacht-club international de Bormes-les Mimosas,
Actualité juridique, Droit administratif 1993, p.810.
- POCHARD (M.), conclusions sur C.E., S., 30/11/1990, Association "Les Verts",
Revue française de droit administratif 1991, p.571.
- POCHARD (M.), conclusions sur C.E., S., 30/11/1990,
Elections cantonales de Chauffailles, Mme Abadie,
Revue française de droit administratif 1991, p.580.
- POCHARD (M.), conclusions sur C.E., S., 7/05/1993, Pierret,
Actualité juridique, Droit administratif 1993, p.502.
- POUYAUD (D.) note sous C.E., S., 7/10/1994, Epoux Lopez,
Revue française de droit administratif 1994, p.1098.
- QUESTIAUX (N.), conclusions sur C.E., Ass, 10/01/1964,
Syndicat national des cadres des bibliothèques,
Revue du droit public 1964, p.459.
- QUESTIAUX (N.), conclusions sur C.E., S., 19/02/1967, Sté Etablissements Petitjean,

Revue trimestrielle de Droit européen 1967, p.6.

- ROBINEAU (Y.) et FEFFER (M.-A.), commentaire de C.E., Ass., 18/01/1980, Bargain,
Actualité juridique, Droit administratif 1980, p.101.
- ROBINEAU (Y.) et FEFFER (M.-A.), commentaire de C.E., Ass., 15/02/1980,
Association pour la protection du site du Vieux Pornichet,
Actualité juridique, Droit administratif 1980, p.291.
- ROLLAND (L.), note sous C.E., Ass., 27/05/1949, Véron-Réville,
Dalloz 1950, p.96.
- SARGOS (P.), rapport sur C. Cass., civ. 1ère, 19/06/1985, Office national de la chasse,
Dalloz 1985, p.427.
- SCHRAMECK (O.), conclusions sur C.E., 8/06/1988, S.A.R.L. A.B.C. Engineering,
Actualité juridique, Droit administratif 1988, p.473
- SCHWARTZ (R.), conclusions sur C.E., S., 7/10/1994, Epoux Lopez,
Revue française de droit administratif 1994, p.1090.
- STIRN (B.), conclusions sur C.E., Ass, 21/12/1990,
Confédération nationale des associations familiales catholiques,
Revue française de droit administratif 1990, p.1065.
- STIRN (B.), conclusions sur C.E., S., 25/01/1991, Brasseur,
Revue française de droit administratif 1991, p.593.
- STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), commentaire des arrêts Bartolo,
Préfet de la Guadeloupe et M. Etna et Hoarau,
Actualité juridique, Droit administratif 1995, p.505.
- TEBOUL G.), note sous C.E., S., 19/04/1991, Epoux Denard, Epoux Martin,
Actualité juridique, Droit administratif 1991, p.563.
- TERNEYRE (Ph), note sous C.E., 18/06/1986, Dame Krier,
Les petites affiches, 21/11/1986, p.33,
- TERNEYRE (Ph), note sous C.E., 18/11/1991, Le Chaton,
Dalloz 1992, Som. com., p.187.
- TIBERGHIE (F.) et LASSERRE (B.), commentaire de C.E., Ass., 22/01/1982,
Ah Won et Butin,
Actualité juridique, Droit administratif 1982, p.440.
- TOUTEE (H.) sur C.E., S., 19/04/1991, Epoux Denard, Epoux Martin,
Revue française de droit administratif 1992, p.59.
- TOUTEE (H.), conclusions sur C.E., S., 8/06/1990, Assaupamar,

- Revue française de droit administratif* 1991, p.149.
- TOUTEE (H.), conclusions sur C.E., S., 9/06/1990, Assaupamar,
Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1991, p.13.
 - TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), commentaire des arrêts Soulat, Boivin et Melot,
Actualité juridique, Droit administratif 1995, p.104.
 - TOUVET (L.) et STAHL (J.-H.), commentaire de C.E., S., 7/10/1994, Epoux Lopez,
Actualité Juridique de Droit administratif 1994, p.872.
 - VERGES (J.), note sous C.E., Ass., 3/02/1989, Cie Alitalia,
Revue trimestrielle de Droit européen 1989, p.509.
 - VIGOUROUX (C.), conclusions sur C.E., 28/01/1987,
Association Comité pour la défense des espaces verts c/ Sté Le Lama,
Actualité juridique, Droit administratif 1987, p.279.
 - VIGOUROUX (C.), conclusions sur C.E., S., 12/12/1986, Société Gepro,
Actualité juridique, Droit administratif 1987, p.275.
 - WALINE (M.), note sous C.Cass., Civ., 6/07/1938,
Consorts Soubirou-Pouey c/ Ville de Dax,
Dalloz 1939.I, p.18.
 - WALINE (M.), note sous C.E., 11/07/1958, Fontaine,
Revue du droit public 1958, p.1081.
 - WALINE (M.), note sous l'arrêt C.E., 3/02/1956, de Fontbonne,
Revue du droit public 1956, p.859.
 - WEIL (P.), note sous C.E., 10/12/1954, Cru et autres et 3/12/1954 Caussidéry,
Dalloz 1955, p.198.
 - WEIL (P.), note sous C.E., S., 28/11/1949, Société des automobiles Berliet,
Dalloz 1949, p. 382.
 - WOEHLING (J.-M.), note sous C.E., 8/06/1988, S.A.R.L. A.B.C. Engineering,
Gazette du Palais 1989, 2, p.723

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
---------------------	---

PARTIE I

L'ATTENUATION DU CLIVAGE TRADITIONNEL ENTRE CONSEQUENCES DE L'ANNULATION ET CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE	15
--	----

<i>TITRE PRELIMINAIRE - LA PRESENTATION CLASSIQUE : UNE FORCE VARIABLE SELON LE MODE DE CONSTATATION DE L'ILLEGALITE</i>	17
---	----

CHAPITRE 1. CONTRASTE DES CONSEQUENCES SUR L'ACTE DONT L'ILLEGALITE EST CONSTATEE	19
--	----

<i>SECTION 1 - LE COMPLET ANEANTISSEMENT DE L'ACTE ANNULE</i>	19
--	----

Paragraphe 1 - La disparition de l'acte annulé s'impose à tous les acteurs de la vie juridique	20
--	----

I - La disparition s'impose à l'administration	20
--	----

II - La disparition s'impose au juge	21
--------------------------------------	----

III - La disparition s'impose aux tiers qui n'étaient pas parties au jugement	22
---	----

Paragraphe 2 - La disparition de l'acte annulé s'impose à l'ordre juridique	23
---	----

I - Hypothèses de résurgence de textes antérieurs	23
---	----

II - Modalités de résurgence des textes antérieurs	24
--	----

<i>SECTION 2 - LA PRESERVATION DE L'ACTE DECLARE ILLEGAL</i>	24
---	----

Paragraphe 1 - L'acte reconnu illégal ne disparaît pas ipso facto de l'ordonnancement juridique	25
---	----

Paragraphe 2 - L'acte préexistant n'est pas remis en vigueur	25
--	----

I - La règle de l'inapplication au litige de la réglementation antérieure	26
---	----

II - L'argumentation plaidant en faveur d'une telle solution	26
--	----

CHAPITRE 2 - DISCORDANCE DES CHAINES D'ACTES CONCERNEES PAR L'ILLEGALITE CONSTATEE	28
<i>SECTION 1. L'AMPLEUR DE LA CHAINE D'ACTES CONCERNEE PAR L'ANNULATION</i>	31
Paragraphe 1 - Contamination usuelle des actes- conséquence	32
I - Le concept d'acte-conséquence	32
II - L'élasticité du lien unissant acte annulé et acte-conséquence	36
Paragraphe 2 - Contamination éventuelle d'autres décisions liées à l'acte annulé	39
I - Le principe : aucune incidence de l'annulation hors des actes-conséquence	40
II - Les assouplissements du principe	41
<i>SECTION 2. L'ETROITESSE DE LA CHAINE D'ACTES CONCERNEE PAR LA DECLARATION D'ILLEGALITE</i>	43
Paragraphe 1. Une étroitesse issue de la stricte bipolarité du mécanisme de l'exception.	43
I - Les deux lois de la bipolarité	43
II - L'explication de la bipolarité : le jeu de la relativité de l'autorité de chose jugée	46
Paragraphe 2. Une étroitesse accentuée par l'exigence d'un lien serré entre acte argué d'illégalité et acte-conséquence	49
I - Des impératifs gradués	50
II - Des impératifs plus marqués qu'en matière d'annulation par voie de conséquence	55

**TITRE I - RAPPROCHEMENT DU SORT DES ACTES DONT L'ILLEGALITE EST
CONSTATEE** 59

***SOUS-TITRE I - ANNULATION NE SIGNIFIE PAS FORCEMENT
ANNIHILATION*** 71

**CHAPITRE 1 - L'ACTE INTERESSE PAR UNE ANNULATION PEUT PARFOIS SE
MAINTENIR DANS L'ORDRE JURIDIQUE** 62

***SECTION 1 - DU FAIT DES REGLES GOUVERNANT LA POSSIBILITE
D'ANNULATION PARTIELLE*** 62

Paragraphe 1 - Les conditions nécessaires à l'annulation partielle d'un acte administratif 62

I - Le désir de limiter la portée de l'annulation 62

II - La nécessaire divisibilité des dispositions annulées 65

Paragraphe 2 - Les mécanismes de l'annulation partielle comme limites
à la disparition de l'acte illégal 69

I - L'acte illégal peut subsister en tout ou partie 69

II - L'acte illégal peut être modifié par le juge 71

***SECTION 2 - EN CAS D'INFIRMATION JURIDICTIONNELLE
DE L'ANNULATION*** 73

Paragraphe 1 - L'annulation infirmée perd son autorité 73

I - Le principe de l'autorité du jugement non définitif 74

II - L'étendue de l'anéantissement de l'autorité de la chose jugée en cas
d'aboutissement d'une voie de recours 75

Paragraphe 2 - L'annulation infirmée perd son effectivité 78

I - Le principe de l'exécution du jugement non définitif 78

II - Les deux modes d'anéantissement de l'effectivité d'une annulation
en cas d'aboutissement d'une voie de recours 82

CHAPITRE 2 - LA NORME CONTENUE DANS L'ACTE ANNULÉ SURVIT PARFOIS À LA CENSURE DE SON SUPPORT	94
<i>SECTION 1 - LES DIFFÉRENTES HYPOTHÈSES DE REMPLACEMENT DE LA NORME</i>	94
Paragraphe 1 - Le remplacement facultatif	94
I - L'administration s'abstient d'édicter des mesures de remplacement	95
II - L'administration décide d'édicter des mesures de remplacement	96
Paragraphe 2 - Le remplacement obligatoire	99
I - Lorsqu'une loi ou une réglementation imposait à l'administration la prise de l'acte litigieux	99
II - Lorsque l'administration avait agi à la demande d'un administré	100
III - Lorsque la prise d'une nouvelle décision constitue une mesure d'exécution du jugement d'annulation	102
Paragraphe 3 - Le remplacement automatique	103
<i>SECTION 2 - LES DIVERS DEGRÉS DE SUBSTITUTION</i>	128
Paragraphe 1 - Ressemblances ou dissemblances entre norme nouvelle et norme contenue dans l'acte annulé	106
I - L'anéantissement parfait par substitution d'une norme contraire	106
II - L'anéantissement imparfait par substitution d'une norme proche	107
III - L'anéantissement contrarié par substitution d'une norme identique	108
Paragraphe 2 - Portée rétroactive ou non rétroactive de la norme nouvelle	109
I - Le schéma traditionnel	109
II - Perturbations du schéma traditionnel	120
III - Appréciation des effets de la rétroactivité sur la portée de l'annulation	123

<i>SOUS-TITRE II - LA RADICALISATION DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE</i>	125
CHAPITRE 1 - LA POSSIBILITE DE FAIRE DISPARAITRE L'ACTE DECLARE ILLEGAL	126
<i>SECTION 1 - L'OBLIGATION D'ABROGER LES ACTES ILLEGAUX S'EST CONSIDERABLEMENT ELARGIE</i>	126
Paragraphe 1 - La généralisation de l'obligation d'abroger un règlement illégal	127
I - Les hésitations premières	127
II - La fixation de l'état du droit par l'arrêt Cie Alitalia	130
Paragraphe 2 - L'extension partielle de l'obligation d'abroger aux actes non réglementaires illégaux	136
I - L'extension intéresse les seuls actes non réglementaires non créateurs de droits	136
II - L'extension intéresse les seules illégalités dues à un changement de circonstances	141
<i>SECTION 2 - L'OBLIGATION D'ABROGER PEUT SE COMBINER AVEC L'EXCEPTION D'ILLEGALITE</i>	143
Paragraphe 1 - Les modalités de la combinaison	143
I - Une contrainte : le nécessaire relais d'un recours gracieux	143
II - Une certitude : la disparition de l'acte déclaré illégal	146
Paragraphe 2 - Une alliance aujourd'hui envisageable en cas d'illégalité due à un changement de circonstances	147
I - La disjonction classique : l'étanchéité des deux procédés	148
II - La jonction opérée par la jurisprudence Ah Won et Butin	156

CHAPITRE 2 - LA POSSIBILITE D'ELUDER L'APPLICATION DE L'ACTE DECLARE ILLEGAL	162
<i>SECTION 1 - LA REGLEMENTATION A LAQUELLE DEROGAIT L'ACTE ILLEGAL PEUT PAR PRINCIPE DE NOUVEAU S'APPLIQUER</i>	163
Paragraphe 1 - Les prémices du principe : l'affaire Commune de Boulazac	163
Paragraphe 2 - La consécration du principe en droit de l'urbanisme	164
I - Un terrain propice	164
II - La vocation générale de la jurisprudence Assaupamar	167
<i>SECTION 2 - LA REGLEMENTATION QU'ABROGEAIT L'ACTE ILLEGAL PEUT EXCEPTIONNELLEMENT RETROUVER SA VIGUEUR</i>	171
Paragraphe 1 - Inventaire des hypothèses considérées	171
I - Les "nouveau" jurisprudentielles	171
II - L'innovation législative	172
Paragraphe 2 - Estimation des hypothèses considérées	175
I - Les divergences d'appréciation doctrinale sur l'importance à leur accorder	175
II - Le souci manifesté par le Conseil d'État de circonscrire leur portée	177

TITRE II - HOMOGENEISATION DES CHAINES D'ACTES CONCERNEES PAR L'ILLEGALITE CONSTATEE 180

SOUS-TITRE I - UN CHAMP DES EFFETS DE L'ANNULATION PLUS REDUIT QU'IL N'Y PARAIT 182

CHAPITRE 1 - LES LIMITES CONSENTIES PAR LE JUGE 183

SECTION 1 - LES LIMITES INHERENTES A LA CONSECRATION DE CERTAINES IRREVOCABILITES 183

Paragraphe 1 - Irrévocabilité d'actes administratifs devenus définitifs 183

I - Dans le cadre de la théorie des fonctionnaires de fait 184

II - Dans le cadre de la théorie des droits acquis 187

Paragraphe 2 - Irrévocabilité des actes juridictionnels devenus définitifs 192

I - La suprématie de principe de l'annulation sur le procès judiciaire 192

II - Une suprématie contrariée en cas de conflit de choses jugées 197

III - La nécessité d'une intervention législative pour résoudre le conflit de choses jugées 200

SECTION 2 - LES LIMITES INHERENTES A L'EMPLOI DE CERTAINES TECHNIQUES CONTENTIEUSES 209

Paragraphe 1 - La technique de la dissociation en matière d'autorisations d'urbanisme 209

I - Une dissociation volontaire 209

II - Une dissociation sélective 312

Paragraphe 2 - La technique de la détachabilité en matière contractuelle 218

I - Le procédé de la détachabilité est censé étendre le champ du recours pour excès de pouvoir 218

II - Le procédé de la détachabilité canalise les incidences du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle 223

CHAPITRE 2 - LES LIMITES IMPOSEES AU JUGE	236
<i>SECTION 1 - DE PAR LA VOLONTE DU LEGISLATEUR</i>	236
Paragraphe 1 - Les situations fixées par la loi	236
I - La création d'une situation définitive	236
II - La consécration d'une situation définitive	237
Paragraphe 2 - Les situations assainies par la loi : la validation législative	238
I - Une paralysie des effets de l'annulation apparemment encadrée par le Conseil constitutionnel	239
II - Une paralysie des effets de l'annulation débordant souvent en pratique le cadre constitutionnel	244
<i>SECTION 2 - DE PAR LA VOLONTE DE L'ADMINISTRATION : LE PROBLEME DE L'INEXECUTION DES DECISIONS D'ANNULATION</i>	248
Paragraphe 1 - Le phénomène de l'inexécution	248
I - Contours du phénomène	249
II - Importance du phénomène	252
Paragraphe 2 - Les causes de l'inexécution	252
<i>SECTION 3 - DE PAR L'IMPOSSIBILITE STRUCTURELLE DE STATUER RAPIDEMENT</i>	253
Paragraphe 1 - Approche objective de la lenteur de la juridiction administrative	253
I - Mesure de la lenteur	254
II - Origines de la lenteur	255
Paragraphe 2 - Conséquences de la lenteur de la juridiction administrative sur l'effectivité des annulations	257
I - L'acte annulé a souvent reçu exécution avant sa censure	258
II - L'exécution de l'acte annulé s'avère parfois irrémédiable	259

<i>SOUS-TITRE II - LA PROPAGATION DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE</i>	264
CHAPITRE 1 - LA REMISE EN QUESTION DE LA BIPOLARITE DU MECANISME DE L'EXCEPTION	265
<i>SECTION 1 - UNE AUTORITE ABSOLUE DE CHOSE JUGEE EST PROGRESSIVEMENT RECONNUE A LA DECLARATION D'ILLEGALITE</i>	265
Paragraphe 1 - L'autorité relative de chose jugée a longtemps prévalu auprès de toutes les juridictions	265
I - La déclaration d'illégalité ne liait pas plus le juge judiciaire qu'elle ne s'impose au juge administratif	266
II - Une jurisprudence constitutionnelle à l'unisson	267
Paragraphe 2 - L'isolement actuel de la position du juge administratif	268
I - Le juge judiciaire opte clairement pour l'autorité absolue	268
II - Le juge constitutionnel opte apparemment pour l'autorité absolue	272
<i>SECTION 2 - L'EXTENSION DE L'OBLIGATION DE RETIRER LES MESURES PRISES EN APPLICATION DE L'ACTE RECONNU ILLEGAL</i>	273
Paragraphe 1 - Reconnaissance de l'obligation par la jurisprudence	273
I - L'existence d'un devoir de retrait des mesures illégales	273
II - Un devoir conditionné	274
Paragraphe 2 - Confirmation et extension de l'obligation par l'article 2 du décret du 28 novembre 1983	277
I - Les objectifs de l'article 2 du décret du 28 novembre 1983	278
II - La portée de l'article 2 du décret du 28 novembre 1983	279

**CHAPITRE 2 - L'ASSOUPLISSEMENT DU LIEN EXIGE ENTRE ACTE ARGUE
D'ILLEGALITE ET ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL** 286

*SECTION 1 - L'ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL PEUT EXCEPTIONNELLEMENT
NE PAS CONSTITUER UN ACTE-CONSEQUENCE DE L'ACTE ARGUE
D'ILLEGALITE* 286

Paragraphe 1 - La permission de contester la régularité d'un contrat au soutien d'un recours
en annulation contre un acte détachable de sa formation 286

I - La contestation incidente du contrat s'apparente bien à une exception d'illégalité 287

II - L'acte détachable de la formation du contrat ne s'apparente pas
à un acte-conséquence 288

Paragraphe 2 - L'origine de l'anomalie : les artifices du mécanisme de l'exception
en matière contractuelle 291

I - Un recours pour excès de pouvoir déguisé 291

II - Un recours pour excès de pouvoir désamorcé 296

*SECTION 2 - L'ACTE CONTESTE AU PRINCIPAL PEUT PARFOIS NE PAS
CONSTITUER UNE MESURE D'APPLICATION DU REGLEMENT ARGUE
D'ILLEGALITE* 298

Paragraphe 1 - Utilité du moyen incident soulevé à l'encontre d'un acte
modifiant le règlement 299

I - Un cas unique 299

II - Une possible généralisation 301

Paragraphe 2 - Utilité du moyen incident soulevé à l'encontre d'un acte
indépendant du règlement 302

I - Le problème soulevé par l'emploi de la technique de la dissociation
en matière d'urbanisme 302

II - De possibles répercussions sur le contentieux administratif général 308

PARTIE II

LE DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL ENTRE CONSEQUENCES DE L'ANNULATION ET CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE 311

TITRE PRELIMINAIRE - LA LOGIQUE DE LA PRESENTATION CLASSIQUE 313

CHAPITRE 1 - L'ANNULATION, OU LA LEGALITE SOUVERAINE 315

SECTION 1 - RETABLIR LA LEGALITE CONSTITUE LE SEUL BUT DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR 316

Paragraphe 1 - L'objectivité du recours 317

I - La fonction naturelle du recours pour excès de pouvoir : la poursuite de l'illégalité de l'action administrative 318

II - Une fonction exclusive de toute autre 320

Paragraphe 2 - Les manifestations de l'objectivité du recours 322

I - Large admission de la contestation 322

II - Grandes incidences de l'annulation 330

SECTION 2 - RETABLIR LA LEGALITE CONSTITUE LE SEUL SOUCI DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR 332

Paragraphe 1 - Détachement du juge quant aux répercussions de l'annulation sur les acteurs au litige 332

I - Quant aux retombées de l'annulation sur la situation du requérant 333

II - Quant aux retombées de l'annulation sur l'action administrative 334

Paragraphe 2 - Indifférence du juge quant aux répercussions de l'annulation sur les tiers 336

I - Le principe : aucun droit n'a pu naître sur la base de l'acte annulé 336

II - Un principe compatible, en dépit des apparences, avec la jurisprudence accueillant la tierce opposition 337

CHAPITRE 2 - LA DECLARATION D'ILLEGALITE, OU LA LEGALITE CONCURRENCEE	343
<i>SECTION 1 - LA NECESSAIRE CONCILIATION D'INTERETS CONTRAIRES</i>	344
Paragraphe 1 - L'intérêt du requérant à l'application du principe de légalité	344
I - Une question objective	344
II - Une perspective subjective	345
Paragraphe 2 - L'intérêt présumé de l'administration et des tiers au statu quo	346
I - L'impératif de stabilité des relations juridiques	347
II - Une stabilité qui profite tant aux tiers qu'à l'administration elle-même	348
<i>SECTION 2 - LES CONCRETISATIONS DE LA CONCILIATION</i>	349
Paragraphe 1 - Les précautions prises au profit des administrés	349
I - Le principe d'intangibilité des décisions non réglementaires	350
II - La double sécurité offerte par le principe d'intangibilité	356
Paragraphe 2 - Les précautions prises au profit de l'action administrative	361
I - En amont du litige : les règles de l'utilité de l'exception	362
II - En aval du litige : la survie de l'acte déclaré illégal	362

TITRE I - DECOUVERTE DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE CLASSIQUE	364
<i>SOUS-TITRE I - LES FACTEURS DU DEPASSEMENT</i>	366
CHAPITRE 1 - LA PRISE EN COMPTE D'INTERETS SUBJECTIFS CONTRADICTOIRES PAR LE JUGE DE L'ANNULATION	368
<i>SECTION 1 - L'ATTENTION PORTEE AUX PREOCCUPATIONS DES PARTIES</i>	369
Paragraphe 1 - Sensibilité du juge de l'excès de pouvoir aux droits du requérant	369
I - L'objet réel du recours intenté est essentiellement subjectif	369
II - La satisfaction donnée aux prétentions du requérant	373
Paragraphe 2 - Sensibilité du juge de l'excès de pouvoir aux problèmes de l'administration active	375
I - Manifestations de cette réceptivité	375
II - Raisons de cette réceptivité	382
<i>SECTION 2 - LA PRESERVATION DES DROITS DES TIERS</i>	386
Paragraphe 1 - L'affirmation d'une possibilité de constitution de droits découlant d'un acte annulé	387
I - L'apparente contradiction dans la jurisprudence du Conseil d'État	387
II - La résolution de la contradiction	387
Paragraphe 2 - L'explication de la possibilité de constitution de droits découlant d'un acte annulé	388
I - Les facteurs permettant la création du droit	388
II - Les facteurs autorisant la survie du droit	395

**CHAPITRE 2 - LE RENFORCEMENT DU SOUCI DE LEGALITE EN MATIERE
D'EXCEPTION D'ILLEGALITE** 399

*SECTION 1 - LA RESTRICTION DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DES ACTES
NON REGLEMENTAIRES DEFINITIFS* 399

Paragraphe 1 - Les fausses dérogations au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs 400

I - Contestations dont l'objet n'est pas couvert par le principe d'intangibilité 400

II - Contestations dont la nature exclut le jeu du principe d'intangibilité 412

Paragraphe 2 - Les véritables dérogations au principe d'intangibilité des actes non réglementaires définitifs 419

I - La recevabilité de l'exception dans le contentieux indemnitaire 419

II - La recevabilité de l'exception dans le cadre de la théorie des opérations complexes 422

SECTION 2 - LA VOLONTE DE NEUTRALISER L'ACTE DECLARE ILLEGAL 433

Paragraphe 1 - L'administration ne saurait appliquer un règlement illégal 433

I - L'affirmation du principe 433

II - Quelques solutions accessoires 434

Paragraphe 2 - L'administration ne saurait appliquer un acte non réglementaire illégal 435

I - Ni un acte non créateur de droits 435

II - Ni un acte créateur de droits 435

SOUS-TITRE II - L'INSTRUMENT DU DEPASSEMENT : L'IDEE D'"ACQUIS"	438
CHAPITRE 1 - UN CONCEPT GENERIQUE	439
<i>SECTION 1 - LE JURIDIQUEMENT ACQUIS</i>	439
Paragraphe 1 - Le point de départ : la référence aux "droits acquis"	439
I - Une notion nébuleuse	440
II - Un rôle essentiel : la résistance aux exigences de la légalité	448
Paragraphe 2 - Le rattachement des droits acquis à la catégorie des "normes acquises"	453
I - Ce que l'on entendra par "norme acquise"	453
II - Une catégorie extrêmement composite	454
<i>SECTION 2 - LE MATERIELLEMENT ACQUIS</i>	459
Paragraphe 1 - Un fait révolu constitue par définition un "fait acquis" pour le passé	459
I - L'indéfectibilité naturelle des faits accomplis	459
II - Une propriété inhérente aux seuls faits	460
Paragraphe 2 - Un fait révolu peut constituer un "fait acquis" pour l'avenir	461
I - Indélébilité objective	461
II - Indélébilité intentionnelle	462

CHAPITRE 2 - LE JEU DES DIVERS ACQUIS	463
<i>SECTION 1 - UNE ACTION DUELLE</i>	463
Paragraphe 1 - L'idée d'"acquis" comme borne aux effets radicaux de l'annulation	464
I - La résistance des normes acquises	464
II - L'opposition des faits acquis	479
Paragraphe 2 - L'idée d'acquis comme borne à la radicalisation de l'exception d'illégalité	485
I - L'acquis gouverne l'admission de l'exception d'illégalité	486
II - L'acquis régit les effets de la déclaration d'illégalité	496
<i>SECTION 2 - UNE FINALITE VARIABLE</i>	502
Paragraphe 1 - Le souci de garantir l'efficacité de l'action administrative	503
I - Manifestations évidentes de cette préoccupation	503
II - Manifestations plus diffuses de cette préoccupation : l'exemple du contentieux contractuel	506
Paragraphe 2 - Le souci de garantir la stabilité des situations individuelles	509
I - Un paramètre parfois prééminent	509
II - Un paramètre parfois concurrencé	510
III - Un paramètre parfois accessoire	515

TITRE II - IMPERFECTIONS DU DEPASSEMENT DU CLIVAGE TRADITIONNEL	517
SOUS-TITRE I - DIFFICULTE A AGREER LES DEFAUTS DE L'ACQUIS EN MATIERE D'ANNULATION	519
CHAPITRE 1 - POUR CE QUI EST DES ANOMALIES IMPUTABLES AU SEUL JUGE	521
SECTION 1 - NECESSITE D'ATTENUER LES ACQUIS ENGENDRES PAR LES REGLES GOUVERNANT L'ANNULATION PARTIELLE	522
Paragraphe 1 - S'agissant des acquis liés à la timidité du juge devant la règle de non ultra petita	522
I - Les ressources du contentieux administratif	522
II - L'inspiration du contentieux constitutionnel	526
Paragraphe 2 - S'agissant des acquis liés à la témérité du juge dans l'appréciation de la divisibilité	529
I - L'appréciation du juge peut primer celle de l'administration	529
II - L'appréciation de l'administration doit primer	532
SECTION 2 - NECESSITE D'ATTENUER LES ACQUIS ENGENDRES PAR LA LENTEUR DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE	535
Paragraphe 1 - Les limites de la réforme du 31 décembre 1987	535
I - Les ambitions initiales	536
II - Des résultats insuffisants	537
III - Les faiblesses des renforcements opérés en 1995	539
Paragraphe 2 - Les carences des procédures d'urgence	542
I - La prise en compte de l'urgence par le juge	542
II - Les insuffisances traditionnelles	546
III - Le manque d'ambition de la réforme de 1995	554

CHAPITRE 2 - POUR CE QUI EST DE L'ANOMALIE IMPUTABLE TANT AU JUGE QU'A L'ADMINISTRATION : L'INSUFFISANCE DE L'EGARD AUX DROITS DU REQUERANT 562

SECTION 1 - INSUFFISANCE DE LA CONSECRATION DES DROITS DU REQUERANT PAR LE JUGEMENT D'ANNULATION 562

Paragraphe 1 - Les limites traditionnelles du recours pour excès de pouvoir en la matière 563

- I - La pluralité des limites traditionnelles 563
- II - La critique des limites traditionnelles 566

Paragraphe 2 - La relative timidité de la réforme entreprise 570

- I - Une portée en apparence révolutionnaire : l'introduction de l'injonction dans le contentieux administratif 570
- II - Une portée en réalité réduite 576

Paragraphe 3 - Une réforme à parfaire ? 579

- I - La consécration éventuelle d'une réelle action en déclaration de droit 579
- II - L'abandon souhaitable de la pratique dite de l'"économie des moyens" 582

SECTION 2 - INSUFFISANCE DE LA DEFENSE DES DROITS DU REQUERANT NEGLIGES PAR L'ADMINISTRATION 583

Paragraphe 1 - L'action positive des mesures encourageant l'administration à exécuter la chose jugée 584

- I - L'information de l'administration 584
- II - L'incitation à exécuter 586

Paragraphe 2 - Le désamorçage des moyens contraignant l'administration à exécuter la chose jugée 587

- I - Les "ratés" de l'astreinte administrative 588
- II - La responsabilité limitée des agents fautifs 590

Paragraphe 3 - Les espoirs nés de la réforme du 8 février 1995 591

- I - Des changements fonciers 591
- II - Un optimisme à tempérer 594

<i>SOUS-TITRE II - DIFFICULTES A AGREER L'EXCES D'ACQUIS EN MATIERE D'EXCEPTION</i>	708
CHAPITRE 1 - LA DISTORSION MANIFESTE ENTRE IMPORTANCE DE L'EXCEPTION ET ETENDUE DES CONSEQUENCES DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE	596
<i>SECTION 1 - LA VOIE DE L'EXCEPTION CONSTITUE UN APPOINT NON NEGLIGEABLE DANS LA POURSUITE DE L'ILLEGALITE DE L'ACTION ADMINISTRATIVE</i>	597
Paragraphe 1 - Un rôle parfois irremplaçable	597
I - Certains actes ne peuvent subir de contrôle de légalité que par voie d'exception	597
II - Certaines illégalités ne peuvent être efficacement sanctionnées que par voie d'exception (L'exemple des règlements devenus incompatibles avec les objectifs d'une directive communautaire)	599
Paragraphe 2 - Un rôle consacré au plan constitutionnel	606
I - L'exception contribue à la "garantie des droits" exigée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	606
II - Une limitation trop forte des possibilités d'exception serait censurée par le Conseil constitutionnel	610
<i>SECTION 2 - LE DEFICIT DES EFFETS DE LA DECLARATION D'ILLEGALITE</i>	611
Paragraphe 1 - Carence des incidences sur les juridictions	612
I - L'état du droit repose sur une confusion évidente	612
II - L'état du droit constitue une aberration juridique	615
Paragraphe 2 - Carences des incidences sur l'administration	616
I - Une carence générale : l'absence d'extinction automatique de l'acte reconnu illégal	617
II - Les carences spécifiques enregistrées en matière d'actes non réglementaires non créateurs de droits	620

CHAPITRE 2 - QUELQUES ENRICHISSEMENTS SOUHAITABLES	625
<i>SECTION 1 - LES PISTES A SUIVRE</i>	625
Paragraphe 1 - Elargir l'éventail des retombées du jugement sur l'acte déclaré illégal	625
I - L'idée axiale : la modulation des effets de la déclaration d'illégalité selon la gravité de l'irrégularité constatée	625
II - Les diverses combinaisons imaginables	626
Paragraphe 2 - Assouplir les retombées du jugement sur la décision prise en application de l'acte déclaré illégal	631
I - Mise en évidence des rigidités de la conception française du mécanisme de l'exception	631
II - Les assouplissements envisageables	634
III - Les avantages à attendre de tels assouplissements	636
<i>SECTION 2 - UNE SOURCE D'INSPIRATION POUR D'AUTRES PROCÉDES</i>	637
Paragraphe 1 - Un exemple pour l'annulation elle-même	637
I - La disparition rétroactive de l'acte annulé n'est pas une fatalité	638
II - La résurgence automatique de la norme antérieure n'est pas une fatalité	642
Paragraphe 2 - Un modèle pour des procédés s'apparentant au mécanisme de l'exception	647
I - Pour le contrôle dit de "conventionalité" des lois	647
II - Pour un éventuel futur contrôle de constitutionnalité par voie d'exception	650
CONCLUSION GENERALE	654