

2004-2014 : LES DIX ANS DE LA JURISPRUDENCE AC!¹

ÉTUDE - 2014 - FRANCE

(Julliet-Août 2014)

Anne-Charlène BEZZINA²

INDEX

1. LA CONSTRUCTION D'UN ÉDIFICE JURISPRUDENTIEL

1.1 La justification de la modulation: une théorie du bilan

1.1.1 Les éléments d'appréciation du caractère manifestement excessif de la rétroactivité de l'annulation

1.1.2 Le choix des différents « effets » de la modulation

1.2 L'évolution des cas d'application de la modulation: une irrésistible extension

1.2.1 Une rigueur de rédaction assouplie

1.2.2 Une diffusion en contradiction avec les objectifs initiaux

2. LE DÉMENTI D'UNE RÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

2.1 Une jurisprudence strictement appliquée

2.1.1 Une rigueur d'application

2.1.2 Des cas de non application elliptiques

2.2 Une adaptation de l'office du juge dans un souci de réalisme et d'efficacité

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, juillet - août 2014, 735 – 752.

² Docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

2.2.1 *Des questions persistantes*

2.2.2 *Une évolution progressive*

La date anniversaire des grandes jurisprudences est une occasion idéale pour analyser les avancées du droit administratif jurisprudentiel³.

L'année 2014 marque les dix ans de l'arrêt d'Assemblée *Association AC!* du 11 mai 2004⁴, créateur de la modulation dans le temps des effets d'une décision d'annulation contentieuse⁵. Régulièrement employée, on compte plus de 50 applications sur les 10 premières années, cette jurisprudence s'est appliquée à diverses situations juridiques. En s'installant dans le paysage du contentieux administratif, elle en a inévitablement modifié les contours. Une littérature abondante a d'ores et déjà permis de tracer les pistes de ce que pouvait

³ V., à ce titre, X. Domino, A. Bretonneau, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », AJDA 2013. 1733; P. Frydman, « Le juge administratif et la police: anniversaire de trois "grands arrêts" : *Couitéas*, *Benjamin* et *Maspero* », RFDA 2013. 1001; La jurisprudence *AC!* a d'ailleurs déjà fêté deux anniversaires, v., J.-H. Stahl, « AN I ap. *AC!*: les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC!* », RJEG/CJEG, 2005, p. 335 s.; v. égal., G. Pellissier, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Association AC!* – Une nouvelle dimension de l'office du juge », RJEP, n° 656, août 2008, étude n° 7.

⁴ CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC!*, Lebon p. 197; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot; *ibid.* 1219, étude F. Berguin; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl; D. 2004. 1499, et les obs.; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois; *ibid.* 766, note X. Prétot; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges; *ibid.* 454, concl. C. Devys.

⁵ V., O. Mamoudy « D'*AC!* à *M6* en passant par *Danthony*, 10 ans d'application de la jurisprudence *AC!* – Bilan et perspectives », AJDA 2014. 501; J.-E. Schoettl, « Ce fut *AC!* », AJDA 2014. 116.

engendrer, ou de ce que devait être, ce nouveau pouvoir de modulation, porteur à la fois d'innovations et de promesses⁶.

Sous la plume d'auteurs comme G. Braibant, « chaleureusement » relayé par G. Vedel⁷ et bien d'autres⁸, les excès de l'effet *ex tunc* de l'annulation⁹, invariable depuis l'origine du recours pour excès de pouvoir¹⁰, avaient fait naître un débat doctrinal quant à l'utilité d'un pouvoir de modulation des effets des annulations contentieuses. Si le juge a toujours tenté de prendre en considération, au prix de certains tempéraments

⁶ V., D. Connil, *L'office du juge et le temps*, Paris, Dalloz, 2010, coll. « Bibliothèque des thèses », pp. 339-419.

⁷ V., leurs interventions respectives *in* « Questions pour le droit administratif », AJDA 1995, p. 25 s.; B. Seiller, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA 2004. 963; J.-H. Stahl et A. Courrèges « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, Note à l'attention de Monsieur le président de la Section du contentieux », RFDA 2004. 438 s., spéc. 442 ; O. Dubos et F. Melleray, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », Dr. adm. 2004, étude n° 15; B. Mathieu « Le juge et la sécurité juridique : vue du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », D. 2004. 1603 ; P. Cassia « La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire », AJDA 2005. 1025; F. Dieu « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA 2006. 2428; J.-C. Bonichot « L'arrêt AC/ : évolution ou révolution? », AJDA 2004. 1049; P.-L. Frier « Panorama de contentieux administratif et de responsabilité de la puissance publique », D. 2005. 26; L. Tesoka « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », AJDA 2006. 2214.

⁸ V. par ex., D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges Guy Braibant*, 1996, p. 403.

⁹ J.-H. Stahl et A. Courrèges, parlent à ce sujet « de l'alternative du « tout ou rien » qui caractérise aujourd'hui l'intervention du juge administratif, notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *in* « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, Note à l'attention de Monsieur le président de la Section du contentieux », RFDA 2004. 442, préc.

¹⁰ L'exécution de la chose jugée dans le contentieux de l'excès de pouvoir peut conduire à remettre en cause le principe d'inamovibilité des magistrats du siège. D'après R. Odent, « les choses doivent être remises en l'état exact où elles se trouveraient si l'acte annulé n'avait pas été pris », *in* concl. sur CE, ass., 27 mai 1949, n° 93122, *Véron-Reville*, Lebon p. 246; Gaz. Pal. 10 juin 1949.

jurisprudentiels¹¹, la déstabilisation contestable des situations juridiques nées de la rigidité de la rétroactivité, cette insatisfaction s'est accentuée au vu de la montée en puissance de la prise en compte des droits publics subjectifs des administrés¹². Les techniques de contournement de l'annulation, ajoutées à celles démontrant le souci de stabilité des situations juridiques pouvant conduire à des accommodements avec la légalité, se sont ainsi déployées dans un court laps de temps¹³. En ce sens, le juge, ne répondant plus aux seules exigences mécaniques de la légalité, s'est progressivement montré sensible à la sécurité juridique. La jurisprudence *AC!* constitue l'aboutissement de ce renouveau dans les pouvoirs du juge, résolument soucieux de la portée de l'annulation, en lui offrant celui de contenir les effets « catastrophiques »¹⁴ de la rétroactivité.

À l'origine de cet arrêt du 11 mai 2004, se trouve une question délicate qui méritait une réponse nouvelle. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État avait été saisie d'arrêtés portant agrément d'avenants aux conventions d'assurance chômage du 1er janvier 2001 et du 1er janvier 2004 ainsi que de leurs actes annexés. Affectés de plusieurs illégalités, ces actes encourageaient une annulation susceptible de créer un vide juridique, de lourdes incertitudes sur la situation des allocataires et des cotisants, ainsi qu'un bouleversement important du régime d'assurance chômage. Il convenait ainsi de rechercher l'équilibre entre la nécessaire annulation de l'acte vicié et ses conséquences sur les situations juridiques en cours.

¹¹ C'est le cas de la théorie du fonctionnaire de fait, CE, 5 mars 1948, n° 86937, *Marion*, Lebon p. 113, battue en brèche par le pouvoir de modulation; v., D. Bailleul, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004. 1626.

¹² De l'avis de A.-L. Constant, « La transformation du juge va ainsi de pair avec la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux aux justiciables », in « La modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse », in J. Fialaire et J. Kimboo (dir) *Le nouveau droit du procès administratif - les évolutions choisies, les évolutions subies*, 2013, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 133.

¹³ V., sur ces questions B. Seiller « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004. 963 s.

¹⁴ L'expression est empruntée à J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 445.

L'occasion était idéale pour utiliser pour la première fois le pouvoir de modulation des effets de l'annulation ; c'est ce que fit le Conseil d'État tout en différenciant, selon les dispositions des textes, les effets des annulations prononcées. Le juge administratif venait de « franchi(r) le Rubicon »¹⁵.

Après avoir posé la première pierre d'un édifice jurisprudentiel, la décision *AC!* donna, au fil des applications, les conditions et les limites de l'application du pouvoir prétorien de modulation des effets de l'annulation¹⁶. Plusieurs auteurs avaient clairement démontré les inconvénients qu'une loi générale en la matière aurait pu induire¹⁷ et l'on ne saurait qu'abonder dans ce sens. Le caractère prudentiel du travail des juges sur les effets de leurs décisions, comme celui opéré sur l'autorité de chose jugée, paraît en effet constituer le gage d'une parfaite adaptation à leur office¹⁸. Dès la première application de ce nouveau pouvoir, il ne pouvait d'ailleurs pas être fait grief au juge de ne pas en avoir clairement fixé

¹⁵ D'après l'expression de P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005. 247.

¹⁶ Pour D. Connil « Le juge administratif s'attache à procéder à une appréciation concrète pour que son appréhension des raisons justifiant la modulation soit la plus réaliste possible. Mais c'est bien la combinaison de différents paramètres qui permet au juge de décider de la mise en œuvre de son pouvoir de modulation. Ces critères ne relèvent donc pas d'une approche systématique mais doivent au contraire laisser place à une approche concrète et casuistique », in *L'office du juge et le temps*, *op. cit.*, p. 398.

¹⁷ V., les propos de J.-H. Stahl et A. Courrèges, « On ne peut toutefois ignorer les inconvénients que pourrait comporter une intervention du législateur », in RFDA 2004. 447; v., en sens contraire, O. Dubos et F. Melleray, « La modulation dans le temps des effets ... », *op. cit.*, pt 3.

¹⁸ V., sur cette question, le dossier consacré à la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse: H. Labayle, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres mœurs ? », RFDA 2004. 663 ; O. Jouanjan, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », RFDA 2004. 676; P. Bon, « Le cas de l'Espagne », RFDA 2004. 690; P. Bon, « Le cas du Portugal », RFDA 2004. 696; Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », RFDA 2004. 700.

les contours au vu de la richesse et de l'extrême précision du considérant de principe. Ce dernier énonce que, bien qu'en principe l'acte annulé soit censé n'être jamais intervenu, le juge administratif pourra envisager, de manière exceptionnelle, lorsque les conséquences de la rétroactivité lui apparaissent excessives, un travail sur les effets de l'annulation de l'acte. Ces termes riches, augmentés des conclusions du commissaire du gouvernement Ch. Devys dont on pouvait se demander si elles « ne sont pas empruntées à un ouvrage de doctrine (...), plutôt qu'extraites d'une décision de justice »¹⁹, donnaient déjà toutes les précisions utiles à l'analyse de la nouvelle jurisprudence.

Mais une fois la règle en place, il restait à se nourrir des leçons de son application. Le raisonnement du juge, consistant à choisir entre les effets différés ou les effets *ex nunc*, voire entre un couplage des deux, était subordonné au constat du caractère excessif de la rétroactivité. C'est dans la mesure de cet excès qu'allait se situer la subtilité de l'application de la jurisprudence *AC!*. La réponse du considérant de principe se voulait claire: c'est au regard du nombre d'actes susceptibles d'être remis en cause ainsi qu'au vu de l'intérêt général qui pourrait s'attacher à une limitation des effets de l'annulation, si toutefois cette limitation n'entrave pas excessivement le principe de légalité et le droit au recours, que le juge usera de son pouvoir. L'univers des possibles n'était qu'abstraitement déterminé pour incarner des termes tels que: légalité, contradictoire, droit au recours, modulation, mais encore et surtout, effet excessif²⁰. Ces objectifs ne semblaient pas avoir été si précisément déterminés dès l'origine: assurer la stabilité des situations juridiques en pointant les effets excessifs d'une annulation laissait en effet une place substantielle à l'interprétation du juge. L'objectifs'estainsimultipliéenautant d'intérêts généraux retenus

¹⁹ R. Chapus, « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RD publ.* n° 1, 2003, pp. 3-17.

²⁰ C'est ce que remarquent C. Landais et F. Lenica, pour qui l'une des interrogations « concerne le mode d'emploi de cette avancée jurisprudentielle, que l'Assemblée du contentieux n'a pas rédigé dans le détail » in « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA* 2004. 1183 s.

dans chaque espèce, érodant lentement mais sûrement le caractère initialement affirmé comme exceptionnel de la modulation.

Le caractère exceptionnel doit être compris au sens littéral comme « ce qui fait exception à la règle générale »²¹. La règle générale étant assurément celle de la rétroactivité, on ne peut considérer toutefois que l'exceptionnalité soit conçue comme une faible fréquence statistique. Au contraire, il semble que la modulation des effets dans le temps remplisse ses objectifs parce qu'elle est entrée dans la riche panoplie des techniques du juge administratif dont il use avec la circonspection qui s'impose dans l'usage de telles constructions prétoriennes²². En ce sens, il est important de prendre en compte, au même titre, le nombre d'applications de la jurisprudence et le nombre de refus d'exercer ce pouvoir. Il apparaît que le juge respecte la fermeté originelle de la modulation des effets dans le temps en appréciant strictement les situations juridiques en cause. Le caractère exceptionnel est ainsi entendu comme une rigueur que le juge s'impose et qui lui permet d'éviter d'offrir un paravent aux erreurs de l'administration.

Les dix ans de la jurisprudence sont l'occasion de mesurer comment le juge a usé de ce pouvoir de modulation mais également de vérifier si une telle innovation a répondu à tous ses objectifs. Significatif de l'équilibre à trouver entre le principe de légalité et celui

²¹ D'après le *Dictionnaire de l'Académie*, le terme est « emprunté au latin *exceptio* "restriction, réserve", conçu comme ce qui échappe au cas général, à la règle commune » 9e éd., CNTRL, disponible en ligne.

²² V. par ex., l'usage parcimonieux des moyens d'ordre public par le juge administratif, J.-H. Stahl, actua. A. Béal, Fascicule n° 1086: « Moyens et conclusions », JCP Adm. 8 janv. 2010.

de sécurité juridique²³, ce pouvoir de modulation devait ainsi démontrer dans quels cas l'un des deux principes serait privilégié par rapport à l'autre²⁴.

Les objectifs initiaux, consistant à favoriser la stabilité des situations juridiques dans une mesure exceptionnelle et au regard d'une balance des intérêts publics en présence, ont été indéniablement remplis. Mais la jurisprudence, qui cristallisait plusieurs attentes, en a également créé de nouvelles²⁵ en élargissant son domaine d'application à d'autres actes, d'autres moyens, d'autres contentieux ou encore d'autres juges que ceux visés dans l'espèce du 11 mai 2004²⁶. L'application du pouvoir de modulation a aussi révélé divers intérêts

²³ Sur cette lutte entre les deux principes, on peut retenir la formule de M. Guyomar, pour qui cela « illustre le réalisme du juge administratif qui sait que les nécessités pratiques doivent, dans une certaine mesure, pouvoir tempérer la rigueur des principes » in « L'application de la jurisprudence *Association AC!* à l'annulation d'une décision individuelle », concl. sur CE, 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, Lebon p. 471; *AJDA* 2008. 638 s., concl. M. Guyomar; *ibid.* 2007. 2407; *D.* 2008. 1457, note P.-O. Caille; *AJFP* 2008. 172, note R. Gueguen; il s'agit là d'« un véritable exercice de pesée auquel doit se livrer le juge administratif », in J. Guez, « Portée et limites du pouvoir jurisprudentiel de modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses », *LPA*, 5 août 2005, n° 155, p. 7. On adhère également aux propos de O. Dubos et F. Melleray suivant lesquels « Au-delà de la sémantique, le raisonnement est lui-même d'apparence circonspecte », in « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.* n° 8, août 2004, Étude 15, pt 45.

²⁴ V. à ce sujet, D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant, L'État de droit*, Paris, Dalloz-Sirey, 1996, p. 411 s.; F. Bottini, « La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses », *RD publ.* 2009. 1517.

²⁵ Suivant C. Landais et F. Lenica, « Trois objectifs, qui se recoupent parfois largement, paraissent alors le guider: rendre des décisions qui puissent être aisément exécutées, éviter que ces décisions soient excessivement déstabilisatrices pour les situations juridiques constituées et, enfin, concilier efficacité de la justice et intérêt général », *op. cit.* *AJDA* 2004. 1184.

²⁶ Ne seront étudiées ici que les décisions du Conseil d'État. Néanmoins, la modulation des effets dans le temps n'est pas le seul apanage du Haut Conseil. M. Touzeil-Divina dénombrait en 2012, 39 jugements de tribunaux administratifs ayant opéré une modulation et 58 arrêts de cours administratives d'appel et du Conseil d'État

publics pris en compte dans la balance des effets excessifs de l'annulation rétroactive. De même, elle a répondu à l'appréciation du nombre d'actes ou d'actions déstabilisés par la disparition de l'acte *ab initio*. Au nombre des objectifs de la jurisprudence, il convient de prendre également en compte celui de rendre plus exceptionnel le recours aux lois de validation afin de confier directement au juge le soin de s'occuper de l'effet de ses décisions.

La jurisprudence *AC!* n'a sûrement pas rempli toutes les promesses qu'elle avait fait naître. La question du rapprochement du contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux, autant que celle de l'application indirecte de la modulation de l'effet de la décision à l'exception d'illégalité du règlement mais aussi celle de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique associée à cette question, sont restées sans réponses directes. Il n'est ainsi pas certain que le juge administratif ait souhaité faire de cette évolution une révolution et l'on peut douter que cette modernisation de son office l'ait conduit réellement à en repenser les contours²⁷. Au contraire, au vu des dix ans d'exercice de la jurisprudence, il est possible d'affirmer que le juge est resté rigoureux dans l'appréciation de la nécessité d'user du pouvoir de modulation.

Les objectifs initiaux de la jurisprudence sont remplis autant qu'ils ont été réadaptés. Après une décennie, l'édifice jurisprudentiel de la modulation des effets dans le temps de la décision est solidement construit mais il n'a pas conduit à la réformation de l'office du juge tant cette jurisprudence est strictement appliquée.

1. LA CONSTRUCTION D'UN ÉDIFICE JURISPRUDENTIEL

confondus, in « Maîtrise ou "*masterisation*" du temps et des effets contentieux », JCP act., n° 28, 16 juill. 2012, p. 2254.

²⁷ D'après l'article de J.-C. Bonichot, « L'arrêt *AC!* : évolution ou révolution? », AJDA 2004. 1049, préc.

L'intérêt de l'étude des applications de la jurisprudence consiste en la recherche des éléments structurant le raisonnement du juge et en leur mise en balance au cas par cas. Le juge veille en effet à être mesuré quant à la détermination du niveau de gravité de la situation lui permettant d'user de son pouvoir. Il a créé en ce sens un raisonnement à part entière susceptible de justifier l'usage de la modulation. La détermination du caractère manifestement excessif de l'effet rétroactif révèle l'importante marge d'appréciation qui lui est laissée, au point qu'une réelle extension de la modulation peut être constatée.

1.1 La justification de la modulation: une théorie du bilan

La jurisprudence *AC!* consiste en une nouvelle forme de contrôle de proportionnalité²⁸. La comparaison est aisée avec la théorie du bilan tirée du droit de l'expropriation²⁹ mais une telle recherche des effets manifestement excessifs de la rétroactivité fait aussi directement appel à l'erreur manifeste d'appréciation.

Pour la modulation, le bilan coût avantage est double³⁰. Deux étapes essentielles marquent le bilan de proportionnalité d'*AC!* : la détermination des intérêts susceptibles d'être affectés par la rétroactivité et le choix de l'effet dans le temps de la modulation.

²⁸ V., à ce propos, G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974; J. Merkhantar, « Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale », ANRT Lille, 1990.

²⁹ CE, ass., 28 mai 1971, n° 78825, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, Lebon p. 409; AJDA 1971. 405.

³⁰ Ch. Guettier, « Chronique de jurisprudence administrative 2004 », RD publ., 1er mars 2005, n° 2, p. 493.

1.1.1 Les éléments d'appréciation du caractère manifestement excessif de la rétroactivité de l'annulation

Dans le cadre d'un premier bilan, le juge évalue les conséquences de la rétroactivité sur les situations non définitives créées sur le fondement de l'acte annulé et prend également en compte le vide juridique qu'engendrerait cette annulation³¹. Aussi, le considérant de principe précise les éléments utiles parmi lesquels le nombre d'actes déstabilisés et les intérêts publics ou privés affectés.

Le nombre d'actes susceptibles d'être remis en cause: un élément insuffisant

L'opération d'évaluation est en réalité une mise en balance de la nécessité de sacrifier la rétroactivité de l'annulation à travers l'évaluation des inconvénients qu'entraînerait l'usage de la modulation de ses effets. C'est le cas de la décision du 21 décembre 2006³² pour laquelle le Conseil d'État avait annulé le décret de nomination au Conseil supérieur de la fonction publique du fait de sa composition irrégulière, ce qui l'avait conduit à limiter les effets de la rétroactivité au vu du nombre d'actes que le Conseil avait déjà jugés. Dans le même sens et dans une autre espèce, le juge avait considéré l'« atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice » du fait du nombre d'affaires instruites par les pôles d'instruction, pour justifier un délai de quatre mois avant l'annulation ainsi que la validation des effets antérieurs de l'acte qui remettait en cause

³¹ D'après les termes de F. Dieu, « Le premier bilan coût/avantages porte sur l'opportunité de faire usage de ce pouvoir de modulation (...). L'annulation rétroactive doit en particulier emporter des conséquences manifestement excessives sur les situations juridiques non définitives, (...) ou sur la situation juridique créée par l'annulation, c'est-à-dire la disparition d'un acte administratif de l'ordonnement juridique », *in* « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA 2006. 2428, préc.

³² CE, 21 déc. 2006, n° 287812, *Union syndicale solidaire fonctions publiques et assimilés*, Lebon p. 576; AJDA 2007. 7; AJFP 2007. 90, et les obs.

leur composition³³. Dans une décision du 13 janvier 2010³⁴, ont été prises en compte à la fois la remise en cause de nombreux actes individuels signés par des autorités incompétentes et la privation de base légale de toutes les décisions prises par l'instance irrégulièrement composée, qu'entraînait l'annulation rétroactive. Ce faisant, le juge a validé les effets antérieurs du décret. Dans une affaire jugée le 23 décembre 2011³⁵, l'omission d'une formalité substantielle avait affecté le décret attaqué et était de nature à remettre en cause de nombreux actes « individuels et contractuels pris sur le fondement de ses dispositions », justifiant par là-même un effet différé de l'annulation. Le cas de la décision du 28 mars 2012 est également assez proche dans la mesure où le juge y a reconnu que l'annulation d'une décision était susceptible d'affecter « la légalité des nombreuses décisions individuelles prises »³⁶. Pour différer une annulation, le juge peut également faire appel « aux graves incertitudes quant à la rémunération des salariés » que l'annulation rétroactive d'un arrêté est susceptible de provoquer³⁷, se référer au nombre de recours susceptibles d'être engagés, mais encore s'atteler à la continuité du dispositif législatif³⁸. Le Conseil d'État est également

³³ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierzkowski-Chatal*, Lebon p. 467; AJDA 2008. 2427 ; D. 2009. 103.

³⁴ CE, 13 janv. 2010, n° 305944, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, AJDA 2010. 1222.

³⁵ CE, 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthy*, Lebon p. 649 ; AJDA 2012. 7 ; *ibid.* 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau; *ibid.* 1484, étude C. Mialot; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier; *ibid.* 296, note P. Cassia; *ibid.* 423, étude R. Hostiou; GAJA, 19e éd., 2013, p. 965.

³⁶ CE, 28 mars 2012, n° 341067, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, Lebon T. p. 536; AJDA 2012. 677.

³⁷ CE, 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, à mentionner aux Tables du Lebon; AJDA 2013. 1876, note D. Connil.

³⁸ CE, 17 déc. 2010, nos 310195, 310543 et 310547, SFIB, *Association UFC Que Choisir et autres et SA Rue du Commerce*, Lebon T. p. 927; AJDA 2011. 854, note O. Bui-Xuan; *ibid.* 2010. 2460; CE, 17 juin 2011, n° 324816,

sensible aux demandes de remboursement en chaînes qui peuvent résulter d'une annulation³⁹. Son extrême pragmatisme dans la détermination des actes et des situations non définitives mises en cause peut enfin l'amener à détailler dans sa motivation les inconvénients qu'induirait l'annulation rétroactive. Ainsi, il s'est référé au caractère peu satisfaisant qu'entraînerait le retour à la réglementation antérieure rendant incomplète la formation de maîtres déjà en exercice du fait de l'annulation rétroactive⁴⁰.

Les intérêts affectés par les conséquences de la rétroactivité de l'annulation: élément central de la motivation

Au titre des intérêts publics pris en compte par le Conseil d'État et susceptibles d'être considérés comme excessivement atteints par les effets rétroactifs de l'annulation, deux types d'impératifs l'emportent. Il s'agit du respect du droit communautaire et de la continuité du service public. La plupart des autres intérêts publics ou privés visés sont marginalement utilisés, démontrant ainsi la rigueur du juge dans le choix de la modulation.

La place primordiale du droit de l'Union

L'importance du droit de l'Union au titre des intérêts publics visés a été mise en lumière dès la première espèce appliquant les pouvoirs de modulation. Deux situations

Canal+ Distribution, Canal+ Terminaux, Motorola SAS, Simavelec, Société Rue du commerce, Lebon p. 296; D. 2011. 1678, obs. C. de presse; *ibid.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli; RTD eur. 2011. 888, obs. D. Ritleng.

³⁹ CE, ss-sect., 14 mai 2014, n° 355924, consid. 7, *Fédération UNSA spectacle et communication*, à mentionner aux Tables du Lebon.

⁴⁰ CE, 1er juin 2012, n° 341775, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements du second degré, Syndicat national de l'enseignement supérieur-FSU, Association Sauvons l'université*, AJDA 2012. 1088.

méritent encore d'y être distinguées. L'acte peut s'avérer contraire au droit de l'Union ou bien l'acte contribue à répondre aux impératifs du droit de l'Union.

Dans la première situation – où l'acte s'avérerait contraire au droit de l'Union – le juge serait conduit, en appliquant le pouvoir de modulation, à valider les effets de cette contrariété pour un temps donné. Il privilégierait ainsi la sécurité juridique au principe de légalité au point de se heurter à l'impératif de primauté du droit de l'Union.

Dans un premier cas d'espèce, le 5e alinéa de l'article 3 du code des marchés avait été déclaré contraire à la directive du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Il était ainsi nécessaire de déterminer si l'usage de la limitation des effets de l'annulation pouvait être justifié dans le cas d'un acte directement contraire au droit de l'Union, ce qui semblait compromis au vu du principe de primauté et de l'obligation faite aux juges nationaux d'écarter les normes contraires au droit de l'Union⁴¹. Malgré le sens de ces jurisprudences communautaires, le commissaire du gouvernement n'a pas rejeté le principe d'une modulation, et le Conseil d'État a suivi cette voie en soulevant d'office la question des conséquences de l'annulation même s'il n'a finalement pas estimé nécessaire d'appliquer la modulation en l'espèce⁴². Cette hypothèse a

⁴¹ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal* ; l'État étant par ailleurs responsable du fait de l'action des juges nationaux, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 423, étude J. Courtial ; D. 2003. 2546, et les obs.; RSC 2004. 178, chron. L. Idot.

⁴² CE, 23 févr. 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, Lebon p. 7; AJDA 2005. 668, note J.-D. Dreyfus; RFDA 2005. 483, concl. D. Casas; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

été ouvertement critiquée en ce qu'elle affaiblirait la primauté du droit de l'Union⁴³. Depuis lors, le Conseil d'État n'y a d'ailleurs pas eu recours.

Pourtant, il est possible de nuancer l'ineffectivité pratique de cette hypothèse par l'étude du cas fort spécifique, de la jurisprudence *Techna* de 2005⁴⁴. En l'espèce, le décret attaqué – suspendu en référé par une précédente décision⁴⁵ – contribue à transposer une directive⁴⁶. En rejetant les moyens invoqués sur le fond, le juge aurait remis en vigueur l'acte sans permettre de période de transition à son application, alors même que le décret le prévoyait. Le commissaire du gouvernement proposa au Conseil d'État d'envisager lui-même cette période transitoire en différant dans le temps l'effet de sa décision de rejet⁴⁷. Mais l'usage de la jurisprudence *AC!* était susceptible de contribuer à retarder à nouveau la transposition de la directive et, partant, de se heurter au principe de primauté du droit de l'Union. Le Conseil d'État a finalement différé dans le temps les effets de sa décision de rejet

⁴³ Pour P. Cassia, la jurisprudence « aurait pour effet de porter atteinte non seulement au principe d'effectivité, (...) mais encore à l'exigence d'uniformité d'application du droit communautaire », », AJDA 2005. 1025 .

⁴⁴ CE, 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techna SA*, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

⁴⁵ CE, 29 oct. 2003, nos 260768, 261033 et 261034, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

⁴⁶ Dir. du 28 janv. 2002 relative à l'étiquetage des produits.

⁴⁷ V., concl. D. 2007. 273.

sur le fondement du principe de sécurité juridique « reconnu tant en droit national qu'en droit communautaire »⁴⁸.

Il convient de préciser que, les circonstances de l'espèce étant particulières et la contrariété au droit communautaire indirectement due aux effets de la décision, celle-ci n'infirmes pas le caractère hautement hypothétique d'une application du pouvoir de modulation en cas de contrariété de l'acte au droit de l'Union. Une affaire du 28 mai 2014 vient d'ailleurs nuancer l'hypothèse d'une application de la jurisprudence *AC!* dans ces circonstances et dans un cas particulier. Le Conseil d'État a précisé qu'il n'entendait pas faire application de son pouvoir de modulation quant à un acte contraire au droit de l'Union dès lors que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a elle-même refusé de faire usage de ce pouvoir dans sa décision d'interprétation rendue sur le même acte⁴⁹.

La deuxième situation – un acte qui contribuait à répondre aux impératifs du droit de l'Union – a été rencontrée par le Conseil d'État à deux reprises.

Toujours en 2005, dans l'affaire *France Télécom*⁵⁰, le Conseil d'État a eu à appliquer son pouvoir de modulation de manière à respecter les obligations de la France face au droit de l'Union. En l'espèce, le règlement communautaire du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale imposait aux opérateurs historiques dans le secteur des télécommunications l'ouverture de l'accès aux opérateurs concurrents à des tarifs liés au coût de cette prestation de dégroupage. Pour la France, une décision du 16 avril 2002 de

⁴⁸ CE, 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techma SA*, préc., Lebon p. 422. V., C. Landais et F. Lénica, AJDA 2006. 2385 s.

⁴⁹ CE, 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, à paraître au Lebon; RFDA 2014. 783, concl. C. Legras; AJDA 2014. 1127.

⁵⁰ CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, *France Telecom*, Lebon p. 86; AJDA 2005. 997, chron. C. Landais et F. Lénica; RFDA 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

l’Autorité de régulation des télécommunications (ART) précisant les tarifs du dégroupage avait été annulée pour vice de forme. Cette annulation était susceptible d’avoir de lourdes conséquences puisque la mise en œuvre de la concurrence sur le marché des télécommunications, impulsée par le droit communautaire, en dépendait. Il paraissait dès lors certain qu’un recours en manquement pourrait être intenté contre la France. Le Conseil d’État⁵¹ valida les effets de l’acte pour le passé et laissa un délai de deux mois à l’ART pour prendre un acte régulier⁵². Il s’est ainsi montré soucieux d’apporter lui-même une solution directe au manquement qu’était susceptible d’engendrer l’annulation de l’acte au regard du droit communautaire.

La portée de cette décision s’est confirmée dans une décision du 24 juillet 2009⁵³. Le juge avait à se prononcer sur la question inédite de savoir si l’objectif de transposition des directives pouvait être de nature à justifier la modulation de l’annulation. En l’espèce, des décrets avaient pour objet de transposer la directive du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d’organismes génétiquement modifiés (OGM). Quelques mois auparavant, le Conseil constitutionnel, au sujet de la loi *OGM*⁵⁴, avait décidé de reporter les effets de l’inconstitutionnalité déclarée afin de permettre au législateur de procéder à la

⁵¹ Ne suivant pas les conclusions d’E. Prada-Bordenave, RFDA 2005. 808.

⁵² C’est l’avis de C. Landais et F. Lénica, AJDA 2005. 999 s.

⁵³ CE, 24 juill. 2009, n° 305314 et 305315, *Comité de recherche et d’information indépendantes sur le génie génétique CRII-GEN*, Lebon p. 294 ; AJDA 2009. 1516, obs. S. Brondel; *ibid.* 1818, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi; D. 2010. 2468, obs. F. G. Trébulle; RFDA 2009. 963, concl. E. Geffray; *ibid.* 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier; Constitutions 2010. 117, obs. O. Le Bot; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

⁵⁴ Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM)*, Rec. Cons. const. p. 313, AJDA 2008. 1232; *ibid.* 1614, note O. Dord; D. 2009. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay; *ibid.* 2448, obs. F. G. Trébulle; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud; Constitutions 2010. 56, obs. A. Levade; *ibid.* 139, obs. Y. Aguila; *ibid.* 307, obs. Y. Aguila.

régularisation de l'in- compétence négative constatée sans que l'obligation de transpo- sition des directives se trouve méconnue. Le Conseil d'État a suivi cette même voie⁵⁵ en différant au 1er janvier 2010 l'annu- lation des décrets afin de permettre au gouvernement de prendre les mesures nécessaires.

Le principe de continuité du service public et la sécurité des situations juridiques

La continuité du service public est également régulièrement mobilisée par le juge. Il fait tantôt appel à « la continuité du ser- vice public »⁵⁶ en général, tantôt, de manière plus précise, à celle du « service public de l'éducation »⁵⁷ ou encore à « la continuité du fonctionnement du service public de l'électricité et du gaz et de l'éclairage public »⁵⁸. Le seul fonctionnement du service peut également être visé⁵⁹. Il arrive que le juge administratif s'attelle à préserver la concurrence de nouveaux services sur un marché ou à ne pas entraver leur création⁶⁰. La préservation de la conti- nuité du service public peut être enrichie par une référence à la continuité dans l'exercice des compétences et la sécurité juri- dique des personnels⁶¹.

⁵⁵ E. Geffray, Concl. RFDA 2009. 963, spéc., 971.

⁵⁶ CE, 23 déc. 2011, n° 335033, préc.

⁵⁷ CE, 1er juin 2012, n° 341775, préc.

⁵⁸ CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 642; AJDA 2009. 1522.

⁵⁹ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁶⁰ CE, sect., 25 fév. 2005, n° 247866, préc.; v. égal., CE, 5 mars 2008, n° 286273, préc.

⁶¹ CE, 16 mai 2008, n° 290416, *Département du Val-de-Marne*, Lebon T. p. 883 ; AJDA 2008. 965 ; *ibid.* 1504, note F. Crouzatier-Durand ; AJFP 2008. 228, note F. Berguin.

La continuité du service public s'intègre ainsi dans le souci plus général de préserver une sécurité juridique des situations passées au titre desquelles on peut rencontrer d'autres intérêts publics. En ce sens, il convient de signaler l'application isolée mais topique de la jurisprudence dans laquelle le juge prend en compte le principe de « sécurité juridique » eu égard au grand nombre de contrats en cause pris en application du décret attaqué⁶². Le Conseil a plus précisément justifié une limitation des effets par les risques « d'insécurité juridique et financière » qu'elle entraîne-rait⁶³. Fréquemment, le juge peut également privilégier la continuité d'un dispositif législatif dont les actes administratifs assurent la mise en œuvre. Ainsi en est-il du dispositif de copie privée⁶⁴ ou encore de la nécessité de prévoir l'existence de dispositions de nature à assurer la continuité d'un intérêt public⁶⁵.

⁶² CE, 10 févr. 2010, n° 329100, *Perez*, Lebon p. 17; AJDA 2010. 239; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; D. 2010. 506, et les obs.; Constitutions 2010. 410, obs. P. De Baecke; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

⁶³ CE, ss-sect. réunies, 14 mai 2014, n° 355924, préc.

⁶⁴ CE, 17 déc. 2010, *SIMAVELEC*, n° 315832, préc.

⁶⁵ CE, 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, Lebon p. 142 ; AJDA 2012. 735 ; *ibid.* 936 ; *ibid.* 729, tribune Y. Aguila, chron. X. Domino et A. Bretonneau; *ibid.* 2014. 125, chron. T.-X. Girardot; D. 2012. 1712, note B. Bonnet; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; AJDI 2013. 489, étude F. Zitouni; Dr. soc. 2012. 1014, étude J.-F. Akandji-Kombé; RFDA 2012. 547, concl. G. Dumortier; *ibid.* 560, note M. Gautier; *ibid.* 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci; RDSS 2012. 940, note S. Biagini-Girard; Constitutions 2012. 297, obs. A. Levade; Rev. crit. DIP 2013. 133, note F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2012. 487, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2012. 928, obs. D. Ritleng.

Le Conseil d'État a visé dans une récente décision l'atteinte portée à l'ordre public économique du fait de l'annulation rétroactive d'une décision de l'Autorité de la concurrence quant à une opération de concentration⁶⁶.

La place marginale des autres intérêts publics ou privés

Il est important de souligner que les intérêts publics ou privés utilisés par le juge sont en nombre limité et l'on se rend compte ainsi de son extrême prudence dans le cadre de l'usage du pouvoir de modulation. Il a ainsi été amené à rejeter la prise en compte de certains intérêts publics au titre de la modulation, laissant entendre que ces derniers n'étaient pas suffisants. Un intérêt financier, même majeur, ne peut pas consister en un intérêt public suffisant pour justifier une loi de validation⁶⁷. Dès 2008, le Conseil d'État a considéré que « la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques » ne pouvait emporter la modulation⁶⁸. Il rejette également tout usage de ce pouvoir pour « la seule (...) incidence négative pour l'économie du

⁶⁶ CE, ass., 23 déc. 2013, n° 363702, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, Lebon p. 322; AJDA 2014. 4.

⁶⁷ V., Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-531 DC, *Loi de finances rectificative pour 2005*, AJDA 2006. 13; RFDA 2006. 497, note M. Disant; La CJCE rejette également qu'un intérêt financier puisse justifier son pouvoir de modulation, v., CJCE, 19 oct. 1995, aff. C-137/94, *Richardson*, Dr. soc. 1997. 397, chron. Sean Van Raepenbusch; *ibid.* 510, chron. Sean Van Raepenbusch; C'est également le cas des difficultés administratives, CJCE, 12 oct. 2000, aff. 03728/98, *Cooke*.

⁶⁸ CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audio- visuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France*, Lebon p. 263; AJDA 2008. 1414; D. 2008. 2074, obs. S. Lavric; *ibid.* 2009. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; RTD com. 2008. 747, obs. F. Pollaud-Dulian; CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

système » ou les complications qu'elle induirait⁶⁹. Le juge administratif s'est directement inspiré du contrôle de constitutionnalité des lois de validation⁷⁰.

1.1.2 Le choix des différents « effets » de la modulation

Dans une seconde étape de son bilan – ou un second bilan –, le juge, après avoir acquis la certitude de recourir à la modulation sur la base des éléments d'une première épreuve de proportionnalité, doit encore choisir l'effet dans le temps le plus adéquat. Rappelons que la jurisprudence *AC!* n'a pas offert au juge la seule possibilité de différer son annulation pour l'avenir, il lui a donné la triple possibilité de valider les effets passés de l'acte, de différer les effets de son annulation, mais également de coupler ces deux effets pour un même acte. Ces outils s'ajoutent à la possibilité classique de l'annulation rétroactive de l'acte et au choix – très rare – de moduler l'annulation pour le passé.

La rédaction du considérant de principe dépend de l'effet dans le temps choisi⁷¹.

Dans le cas où l'effet de l'annulation est différé – c'est le cas le plus fréquent – le juge administratif se réfère à la gravité de la rétroactivité de l'annulation⁷² ou à l'insatisfaction causée par le retour à la situation antérieurement en vigueur⁷³. Il exerce un

⁶⁹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁷⁰ C'est l'avis de D. Chabanol, pour qui cette jurisprudence « n'est pas sans rappeler celle qui préside à l'examen des validations législatives », in *La pratique du contentieux administratif*, 10e éd., 2013, Litec, p. 750.

⁷¹ G. Pellissier, « Quatre ans... », *op. cit.*, pt 7.

⁷² CE, 25 févr. 2005, n° 247866, préc.

⁷³ CE, 11 juill. 2008, n° 298779, préc.; v., égal., CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ 12, Société Télévision française 1*, Lebon p. 71, concl. T. Olson.

contrôle sur la situation antérieure à l'entrée en vigueur de l'acte et peut être amené à la confronter au droit de l'Union ou aux situations individuelles prises sur son fondement. Ainsi, dans la décision du 11 juillet 2007, l'accent est mis sur le trouble causé par le retour à la situation antérieure et le juge prend en compte les risques de contentieux en chaîne et la situation des particuliers⁷⁴. Il est de même précisé explicitement dans la décision du 1er juin 2012⁷⁵ que « la remise en vigueur immédiate (...) aurait pour effet » de remettre en cause la situation des professeurs de l'enseignement secondaire en fonction. Cette insatisfaction liée à la situation juridique antérieure peut également résulter du fait que l'annulation de la décision prive ainsi de base légale « de nombreux actes individuels et contractuels »⁷⁶.

Le juge peut également inciter directement les pouvoirs publics à agir pour prévoir une nouvelle réglementation⁷⁷. Il est par ailleurs fréquemment fait référence à l'intérêt général attaché à l'existence de dispositions législatives garantissant les situations juridiques dans un domaine particulier, afin de préciser qu'il appartient à l'autorité compétente de prendre les mêmes dispositions corrigées après qu'un effet différé a été associé à l'annulation⁷⁸. L'accent est alors porté sur le risque posé par le vide juridique⁷⁹.

⁷⁴ CE, n° 298779, préc.; v. égal., CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

⁷⁵ CE, n° 341775, préc.

⁷⁶ CE, 13 janv. 2010, n° 305944, préc.; v. égal., CE, 23 déc. 2011, n° 335033, préc.; v. dans le même sens au sujet de nombreux contrats, CE, 10 févr. 2010, n° 329100, préc.

⁷⁷ CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne*, préc., nos 290416, 290723, 290766 et 294677.

⁷⁸ V. par ex., CE, 3 mars 2009, n° 314792, *Association française contre les myopathies*, Lebon p. 69; AJDA 2009. 461; CE, 29 août 2008, n° 305314, préc.; CE, 28 mars 2012, n° 330548, *Société Direct Energie*, Lebon p. 130; AJDA 2012. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser; RTD com. 2012. 733, obs. G. Orsoni.

⁷⁹ CE, 11 avr. 2012, n° 322326.

À ce stade, le juge doit également évaluer l'intérêt public qui s'attache à un maintien temporaire des effets de l'acte. Cette référence devrait le conduire à justifier le maintien des effets dans l'avenir lorsqu'il diffère son annulation. Pourtant dans la majeure partie des espèces concernées, il ne justifie pas le délai par un intérêt public⁸⁰.

Concernant le choix du délai de modulation des effets, il se déploie dans un temps relativement court. Le juge administratif peut fixer lui-même une date d'effet à sa décision⁸¹. Dans ce cas, il diffère sa décision sur de nombreux mois – on compte en moyenne six mois entre la date de la décision et la date fixée pour l'effet de l'annulation⁸². Il est arrivé qu'il diffère de plus de trente-quatre mois l'effet de son annulation afin de laisser au gouvernement le temps nécessaire au dépôt d'un projet de loi à la place du décret annulé pour incompétence⁸³. Le juge peut également – et c'est le cas le plus fréquent – laisser un nombre déterminé de mois s'écouler avant la prise d'effet de l'annulation variant d'un⁸⁴ à six⁸⁵ mois⁸⁶.

⁸⁰ V., par exception, la décision CE, 29 août 2008, n° 305314, préc., où le juge précise « que leur annulation immédiate serait ainsi de nature à méconnaître l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires et à entraîner des conséquences manifestement excessives », il est ainsi fait état de la nécessité d'accorder un délai.

⁸¹ V., parmi de nombreux exemples, CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc.

⁸² V., le délai prévu par la décision CE, 28 nov. 2011, n° 330548 jusqu'au 1er juin 2013, soit 7 mois.

⁸³ CE, 29 août 2008, n° 305314 où le juge diffère les effets de la décision au 30 juin 2010.

⁸⁴ V. par ex., CE, 12 déc. 2007, n° 296818, *Vignard*, AJFP 2008. 172, note R. Gueguen.

⁸⁵ V., par ex., CE, 11 juill. 2008, n° 298779.

⁸⁶ Le juge administratif a également différé l'effet de ses décisions de 3 mois, v., CE, 25 févr. 2005, n° 247866, préc.; 3 mois, v., CE, 30 déc. 2010,

Le recours au seul pouvoir de valider les effets passés de l'acte est plus rare: cela n'est arrivé qu'à deux reprises⁸⁷.

Dans le reste des cas, le plus fréquemment, le juge couple la limitation des effets de l'annulation rétroactive avec un effet différé de la déclaration d'annulation. La motivation peut alors être plus lapidaire⁸⁸ à moins que le juge ne fasse explicitement appel à la fois au vide juridique créé par la rétroactivité de l'annulation et à l'importance d'un délai nécessaire à l'élaboration d'un nouvel acte par l'administration⁸⁹. Dans une décision du 23 décembre 2013, le Conseil d'État a motivé sa décision distinctement entre la limitation des effets de l'annulation et la modulation de l'annulation. Deux arguments distincts ont été avancés. Dans un premier temps, le juge prend en compte le fait que l'autorité de la concurrence serait privée de l'usage de ses pouvoirs dans le cas d'un effet rétroactif puis il précise que l'atteinte à l'ordre public économique justifie un report des effets au 1er juillet 2014⁹⁰. Cette motivation détaillée, accentuant clairement le double effet choisi par le juge, mériterait d'être privilégiée.

Une place à part doit être réservée au pouvoir de modulation pour le passé des effets de l'annulation. Dans ce cas, il ne s'agit plus de limiter les effets de l'acte dans le passé mais de différer l'effet de la déclaration d'annulation du juge à un moment passé, privilégiant la cohérence de la « vie » de l'acte. Il est arrivé dans une seule affaire, relative à la rémunération

n° 329513, *Robert*, Lebon p. 530 ; AJDA 2011. 4 ; Constitutions 2011. 385, obs. O. Le Bot; ou encore de 4 mois, v., CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁸⁷ CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon p. 271; AJDA 2012. 1379; D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta; CE, ss. sect. réunies, 13 janv. 2010, n° 305944, préc.

⁸⁸ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁸⁹ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

⁹⁰ CE, ss. sect. réunies, 23 déc. 2013, n° 363702, préc.

pour copie privée, que le juge s'en remette à l'administration et décide ainsi de reporter l'effet de l'annulation de sa décision à la date où l'acte avait été réformé par la Commission pour copie privée. Le juge module ainsi la date d'annulation pour le passé, de manière à se calquer sur la décision prise par la Commission compétente⁹¹.

1.2 L'évolution des cas d'application de la modulation: une irrésistible extension

L'usage de la modulation dans le temps des effets des décisions est assurément moins rare qu'il n'y paraît. Il reste néanmoins l'exception puisque le considérant de principe de la décision du 11 mai 2004 est fondé sur des conditions particulièrement exigeantes. En ce sens, le juge administratif a construit une véritable motivation de principe qui consiste à justifier l'usage rigoureux du pouvoir de modulation. Mais la modulation est également victime de son succès. Elle a été appliquée dans des cas élargis, ce qui reste paradoxal au vu de son caractère exceptionnel, initialement avancé.

1.2.1 Une rigueur de rédaction assouplie

L'application de la jurisprudence a permis de confirmer les propos de C. Landais et F. Lenica pour lesquels « le Conseil d'État se dirige vers une exigence de motivation asymétrique » selon les cas⁹². En ce sens, l'intégration du pouvoir de modulation dans les méthodes du juge a conduit à une évolution de sa motivation.

⁹¹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁹² C. Landais, F. Lenica, *op. cit.*, », AJDA 2004. 1187.

Au cours des premières années d'application du pouvoir de modulation, la précision du considérant de principe était constamment rappelée et à chaque stade le juge vérifiait l'existence des conditions nécessaires à son application⁹³. Certaines rédactions pédagogiques méritent d'être relevées; le juge y développe « les conséquences de l'illégalité du décret attaqué » en rappelant ou non le libellé du texte attaqué⁹⁴. Une telle formulation est parfois suivie de « en ce qui concerne l'application de ces principes au décret attaqué »⁹⁵, ce qui permet de vérifier que les conditions sont remplies en l'espèce.

Cette précision des premières décisions s'est progressivement assouplie. Il est en effet possible de dénombrer plusieurs arrêts dans lesquels le juge ne se réfère plus qu'à la gravité de la situation ou aux intérêts publics en présence⁹⁶.

Le considérant de principe a connu lui-même plusieurs modifications qui en ont élargi le sens initial en complétant utilement certaines de ses implications.

Tout d'abord, le juge administratif a modifié pour la première fois le considérant de principe en choisissant de surseoir à statuer sur la date d'effet de l'annulation, de manière à

⁹³ CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, préc.

⁹⁴ V. dans le même sens, CE, 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierzkowski-Chatal*, Lebon p. 467; AJDA 2008. 2427; D. 2009. 103 où l'on retrouve un « Sur les conséquences de l'illégalité des dispositions du décret qui créent l'article D. 15-4-4 du code de procédure pénale » ; v. égal., CE, 3 mars 2009, n° 314792, préc., : « Sur les conséquences de l'illégalité de l'arrêté attaqué » ; v., encore, CE, 28 nov. 2011, n° 341775, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements de second degré, Syndicat national de l'enseignement supérieur - FSU, Association Sauvons l'université* ; CE, 12 mai 2010, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Lebon T. p. 952; Dr. soc. 2010. 1131, obs. J. Barthélémy qui précise: « Sur la question de la limitation dans le temps des effets des annulations prononcées ».

⁹⁵ CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc.

⁹⁶ CE, 5 mars 2008, n° 286273, préc.

laisser les parties en débattre⁹⁷. Il faudra toutefois attendre le 15 avril 2013 pour que le juge fasse apparaître cette possibilité expressément dans le considérant de principe.

Par ailleurs, le Conseil d'État a aménagé la rédaction du considérant de principe afin de préciser les conséquences d'une décision de modulation quant aux actions contentieuses en cours. Ainsi a-t-il, par deux fois, fait référence au considérant suivant lequel, « lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation »⁹⁸.

Enfin, en 2011, le juge a précisé les contours de son office quant à la modulation des effets de l'annulation en indiquant qu'« il ne lui appartient pas, lorsqu'il module l'effet de l'annulation dans le temps, d'ordonner une exécution partielle ou incomplète de la décision qu'il annule pendant la période durant laquelle elle continue de s'appliquer »⁹⁹. Il distingue ainsi clairement le rôle qui est le sien en matière d'annulation d'une quelconque immixtion dans l'exécution de la décision.

De ces variations, il convient de tirer une conclusion certaine: le juge ne se soucie pas d'une fidélité, mot pour mot, au considérant de principe. Il recherche avant tout à justifier le recours à la modulation des effets par une nécessité impérieuse¹⁰⁰. Si les motivations adoptées peuvent varier, elles traduisent une volonté de justifier la modulation au cas

⁹⁷ CE, 12 mai 2010, n° 325657, préc.; pour plus de détail v., II. A.

⁹⁸ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁹⁹ CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

¹⁰⁰ V., les propos de D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., p. 375.

par cas, démontrant ainsi que le juge entend encadrer le recours à cette technique et s'en tenir plus à une rigueur de raisonnement qu'à une rigueur rédactionnelle.

1.2.2 Une diffusion en contradiction avec les objectifs initiaux

La jurisprudence *AC!* est l'histoire d'une diffusion.

C'est au départ grâce à la diffusion du pouvoir de la Cour de justice de l'Union européenne de moduler dans le temps les effets de ses arrêts que le Conseil d'État a pu s'inspirer d'un tel pouvoir pour le faire sien. En vertu de l'article 264 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹⁰¹, cette dernière applique en effet une jurisprudence minutieuse et rigoureuse dont elle a consolidé l'exemplarité. Elle peut choisir de ne faire prendre effet à l'annulation de l'acte qu'à la date de la décision ou à une date ultérieure et appliquer ce pouvoir de manière extensive¹⁰². Elle a également considéré qu'elle pouvait moduler les effets des décisions d'annulation applicables non seulement aux recours contre les règlements mais contre tous les actes communautaires¹⁰³. De plus, elle a

¹⁰¹ Ex-art. 231 TCE.

¹⁰² V., CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, *Commission c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 575.

¹⁰³ V., pour les directives, CJCE, 7 juill. 1992, aff. C-295/90, *Parlement c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 4616, AJDA 1993, 247, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard ; v., pour le budget des communautés, CJCE, 3 juill. 1986, aff. 34/86, *Conseil c/ Parlement*, Rec. CJCE p. 2155; v., pour les décisions, CJCE, 28 mai 1998, aff. C-22/96, *Parlement c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 3231.

étendu l'application de ce pouvoir¹⁰⁴ au contentieux de l'interprétation¹⁰⁵ et de l'appréciation de validité¹⁰⁶.

Le juge administratif a subi cette influence du pouvoir de modulation en l'étendant lui-même à différents actes et différents types de décisions. Cette expansion a conduit à la jurisprudence *AC!* qui transpose ce qui existait déjà dans le plein contentieux¹⁰⁷. Mais la jurisprudence *AC!* a elle aussi été étendue à d'autres actes que les seuls actes réglementaires auxquels elle s'était appliquée initialement. Une telle propagation était hautement prévisible et souhaitable, à en croire les conclusions du rapporteur public Ch. Devys qui précisait que le pouvoir de modulation n'avait pas vocation à s'appliquer aux seuls actes réglementaires¹⁰⁸. En ce sens, le juge administratif a, dès 2007, étendu le sens de la décision *AC!* aux actes individuels¹⁰⁹.

¹⁰⁴ H. Labayle, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres mœurs? », RFDA 2004. 663 s.

¹⁰⁵ CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Defrenne c/ Sabena*, Rec. CJCE p. 455.

¹⁰⁶ V., CJCE, 3 arrêts du 15 oct. 1980, *Providence agricole de Champagne*, aff. 4/79, Rec. CJCE p. 2823, *Maïseries de Beauce* aff. 109/79, Rec. CJCE p. 2883, et *Roquettes Frères*, aff. 145/79, Rec. CJCE p. 2917.

¹⁰⁷ CE, 21 janv. 2002, n° 234227, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Société Schweppes France*, Lebon p. 13.

¹⁰⁸ Ch. Devys, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative – Concl. sur CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres* », RFDA 2004. 454.

¹⁰⁹ Comme le relèvent les commentateurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, la modulation « n'est pas exclue *a priori* pour les actes administratifs non réglementaires », in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18e éd., 2013, Paris, Dalloz, coll. « grands arrêts », p. 869.

Le bouleversement des situations juridiques n'est effectivement pas moins important du fait de la nature de l'acte. C'est ce que précisait le rapporteur public dans ses conclusions sur la décision *Sire* du 12 décembre 2007 où, à l'occasion de l'annulation de la décision de nomination d'un magistrat, il faisait prévaloir « la nécessité de préserver la continuité du service public de la justice »¹¹⁰. Dans ce cadre, le bilan des intérêts publics et privés en présence est susceptible d'emprunter un sens nouveau; le juge doit apprécier la situation individuelle incertaine et la mettre en balance avec les intérêts supérieurs susceptibles d'être affectés. Une telle application, innovante en 2007, a été poursuivie depuis lors même si elle reste plus marginale que la modulation appliquée aux règlements¹¹¹. Cette dernière a été utilisée au sujet de décisions d'autorités administratives indépendantes¹¹², d'arrêtés ministériels¹¹³ mais également de décrets¹¹⁴.

Une telle extension du pouvoir de modulation des actes réglementaires aux actes individuels n'est cependant pas si « naturelle » qu'il y paraît. Si la CJUE a étendu le sens des textes en appliquant, au fil du temps, son pouvoir de modulation à tous types d'actes¹¹⁵ et que

¹¹⁰ M. Guyomar, concl. *op. cit.*, p. 642.

¹¹¹ CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, *Vignard*, AJFP 2008. 172, note R. Gueguen; CE, même jour, n° 296072, préc.; CE, sect., 30 déc. 2010, n° 329513, préc.; CE, sect., 24 juin 2011, n° 343391; CE, 24 juin 2011, n° 342997.

¹¹² V., par ex., CE, sect., 25 févr. 2005, *France télécom*, n° 247866, préc.

¹¹³ CE, ss. sect. réunies, 3 mars 2009, n° 314792, préc.

¹¹⁴ J.-H. Stahl et A. Courrèges avaient pensé dès 2004 que: « Une telle limitation pourrait apparaître trop restrictive à l'usage. En dehors du contentieux des actes réglementaires, on peut, en effet, penser d'ores et déjà à d'autres contentieux pour lesquels, le moment venu, la modulation des effets des annulations pourrait apparaître utile, par exemple le contentieux des actes contractuels. Et d'autres matières pourraient se révéler, à l'avenir, propices à la mise en œuvre d'un tel pouvoir », *op. cit.*, p. 438.

¹¹⁵ H. Labayle parle de « l'applicabilité de l'article 231 à l'ensemble des actes unilatéraux », RFDA 2004. 663.

le Conseil d'État français a emprunté la même voie, l'exemple du Conseil d'État belge est néanmoins de nature à démontrer que cette extension est susceptible de se heurter à certains principes constitutionnels. La situation des juges belges et français devant le pouvoir de modulation diffère du fait de la présence d'un texte dévolutif de ce pouvoir dans l'article 14 *ter* de la loi sur le Conseil d'État belge. Déjà dans les travaux préparatoires, le principe même de « réserver » la modulation des effets de l'annulation aux actes réglementaires avait pu être considéré comme une violation du principe d'égalité puisqu'induisant une différence de traitement dans le contentieux des actes en fonction de leur nature¹¹⁶. L'article 14 *ter* avait finalement consacré le pouvoir de modulation aux seuls actes réglementaires prenant acte de la position de la Cour constitutionnelle selon laquelle la différence de traitement se fondait sur l'appréciation d'un équilibre nécessaire entre les principes de légalité et de sécurité juridique¹¹⁷. Le Conseil d'État belge s'est ainsi montré soucieux du respect de sa compétence d'attribution¹¹⁸. Tenant compte de l'évolution nécessaire des pouvoirs de celui-ci, le gouvernement fédéral belge a adopté, le 3 février 2014, une loi portant réforme du Conseil d'État qui a prévu expressément que le pouvoir de modulation puisse s'appliquer aux actes de nature individuelle¹¹⁹. Cet exemple démontre à quel point le pouvoir accordé au juge français, parce qu'il n'est pas codifié par un texte, lui garantit la même rigueur tout en lui laissant une suffisante liberté qui permet de ne pas rencontrer les mêmes blocages qu'en Belgique.

¹¹⁶ Rapport, Doc. parl., Chambre, sess. 1995-1996, n° 644/4, pp. 5, 6 et 7.

¹¹⁷ Cour const., arrêts n° 154/2012 du 20 déc. 2012; n° 14/2013 du 21 févr. 2013; n° 73/2013 du 30 mai 2013; n° 97/2013 du 9 juill. 2013.

¹¹⁸ V., sur ces questions, P. Nihoul, « La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge », RFDA 2013. 1301 s.

¹¹⁹ *Moniteur Belge* du 3 févr. 2014, pp. 9067-9080.

La modulation des effets dans le temps concerne également différents types de décisions¹²⁰. Elle a été appliquée aux décisions de rejet depuis la décision de Section *Société Techna* du 27 octobre 2006. Celle-ci répond à un souci tout à fait particulier de sécurité juridique et constitue une application particulière de la jurisprudence *AC!* puisqu'elle l'utilise dans une hypothèse distincte de l'annulation pour excès de pouvoir et de ses effets¹²¹. L'arrêt *Société Techna* utilise à la fois les ressorts du raisonnement de l'arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004 et de l'arrêt *KPMG* de 2006. Les décisions de rejet n'ont pas d'effet rétroactif et ne sont pas censées bouleverser les situations juridiques ; elles conduisent au contraire à les laisser en l'état. Toutefois, ce type de décision est susceptible de modifier l'ordre juridique lorsque l'acte attaqué a préalablement été suspendu par une ordonnance de référé, comme en l'espèce¹²². Si la modulation des effets des décisions n'est pas censée aider à adoucir la réception d'un nouvel état de droit, il reste que l'objectif de sécurité juridique l'anime certainement et que ce même objectif justifie l'application de régimes transitoires¹²³. Indirectement, en l'espèce, le souci de sécurité juridique pouvait conduire le juge à différer

¹²⁰ CE, 27 oct. 2006, *Société Techna*, n° 260767, préc.

¹²¹ Comme l'affirme F. Sénès, « La jurisprudence *AC!*, dont la Section a fait application dans l'arrêt du 25 février 2005, *France Télécom* (Lebon p. 86), n'est évidemment pas directement applicable en l'espèce puisque, par hypothèse, les difficultés que nous cherchons à surmonter ne découlent pas d'une annulation contentieuse mais, tout au contraire, du rejet d'une demande d'annulation », in « Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 27 octobre 2006, *Société Techna et autres* », RFDA 2007. 265.

¹²² CE, ord., 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techna SA*, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

¹²³ CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG, Société Ernst & Young Audit*, Lebon p. 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 841, tribune B. Mathieu ; *ibid.* 897, tribune F. Melleray ; D. 2006. 1224 ; *ibid.* 1190, chron. P. Cassia ; *ibid.* 1226, point de vue R. Dammann ; Rev. sociétés 2006. 583, note P. Merle ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila ; *ibid.* 483, note F. Moderne ; RTD civ. 2006. 527, obs. R. Encinas de Munagorri ; GAJA, 19e éd., 2013, p. 875.

les effets du rejet, susceptible, du fait de l'absence de période transitoire, d'atteindre l'équilibre entre principe de légalité et consolidation des situations juridiques. F. Séners, dans ses conclusions, avait précisé par une phrase topique la double lignée jurisprudentielle de l'arrêt: « *KPMG* qui l'impose, *AC!* qui le permet »¹²⁴. Si cette espèce est l'illustration d'une « configuration qui semble devoir rester marginale »¹²⁵, elle est néanmoins riche d'enseignement.

Ainsi, bien que l'application de la décision *AC!* n'ait pas été conçue pour s'appliquer aux décisions de rejet, parce qu'elle était liée à celles d'annulation, il est finalement apparu que la différence entre les deux types de décision n'était « cependant pas aussi flagrante qu'il y paraît »¹²⁶, dès lors que les droits des personnes étaient en cause¹²⁷.

Le juge a également étendu la jurisprudence aux différents types de moyens ayant entraîné l'application de l'acte. Le raisonnement classique conduisant à déclencher l'application de la jurisprudence *AC!* se fonde sur la disproportion créée par l'annulation d'un acte pour un vice aisément régularisable, alors même que cette annulation est susceptible d'emporter de lourdes conséquences¹²⁸. La référence à la nature du moyen – entendu comme

¹²⁴ F. Séners, concl., *op. cit.*, p. 277.

¹²⁵ G. Pellissier, « Quatre ans ... », pt 13.

¹²⁶ F. Séners, « Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 27 octobre 2006, *Société Techna et autres* », RFDA 2007. 265.

¹²⁷ D'après les propos de M. Guyomar, « La bonne administration de la justice commande que le juge de l'excès de pouvoir appréhende, dans le cadre et dans les limites de son office, les répercussions concrètes de ses décisions », in « L'application de la jurisprudence *Association AC!* à l'annulation d'une décision individuelle », concl. sur CE, 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, AJDA 2008. 642.

¹²⁸ De l'avis de R. Gueguen, « Lorsqu'il examine la nature du motif d'annulation retenu, le juge s'attache à la gravité de l'illégalité qu'il sanctionne », in « La modulation de l'annulation des nominations de magistrats », AJFP 2008. 172.

de simple illégalité externe – est courante¹²⁹, puisque la régularisation de ce type d'illégalité est plus aisée dans le délai imparti. De plus, la rétroactivité étant consubstantielle au recours pour excès de pouvoir, elle est censée réparer le trouble causé à l'ordre juridictionnel par la nullité; aussi, plus le vice d'illégalité est grave, plus la rétroactivité peut apparaître souhaitable. Pourtant, une catégorisation trop rigide en fonction de la nature des moyens aurait pour « risque de conduire à réserver la modulation à des hypothèses d'illégalités régularisables »¹³⁰ et limiterait le recours à la modulation. Cela n'a pas été le cas durant les dix ans d'application de la jurisprudence: les moyens d'illégalité interne ou externe ont pu conduire indifféremment à l'annulation différée. Statistiquement pourtant, les moyens de légalité interne sont moins importants dans l'usage du pouvoir de modulation des effets de l'annulation¹³¹, démontrant que le raisonnement naturel consiste par principe à se fonder sur la nature externe du moyen d'illégalité. Cette question de la nature des moyens est « un élément de contexte » susceptible d'influencer le juge¹³², qui n'y est pas « totalement indifférent

¹²⁹ V., nos développements II.A.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 623.

¹³¹ CE, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n° 247866, préc.; CE, ss. sect. réunies, 21 déc. 2006, n° 287812, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, Lebon p. 576; AJDA 2007. 7; AJFP 2007. 90, et les obs.; CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, préc.; CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ 12 et Société Télévision française 1*, Lebon p. 79, concl. T. Olson; CE, ss. sect. réunies, 5 mars 2008, n° 286273, préc.; CE, 12 mars 2008, nos 290416, 290723, 290766, 294677, préc.; CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France*, Lebon p. 263; AJDA 2008. 1414; D. 2008. 2074, obs. S. Lavric; *ibid.* 2009. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; RTD com. 2008. 747, obs. F. Pollaud-Dulian; CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 832; AJDA 2009. 1522; CE, 17 déc. 2010, n° 315832; CE, 17 juin 2011, n° 324816, *Canal+ Distribution, Canal+ Terminaux, Motorola SAS, Simavelec, Société Rue du commerce*, Lebon p. 296; D. 2011. 1678, obs. C. de presse; *ibid.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli; RTD eur. 2011. 888, obs. D. Rittleng; CE, sect., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.; CE, 28 nov. 2012, n° 330548, préc.

¹³² J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 440.

»¹³³. Il reste certain que, par principe, « en présence d'un seul vice de procédure, la modulation des effets de l'annulation sera plus facilement envisagée »¹³⁴. Il n'est ainsi pas impossible de voir évoluer la jurisprudence sur ce point.

Le pouvoir de modulation des effets dommageables d'une décision tend à s'appliquer aux différents contentieux devant le juge administratif, montrant à quel point la jurisprudence est entrée dans son nouvel office.

Tel est, d'abord, le cas dans le cadre de la procédure de référé spécial prévue par l'article L. 554-12 du code de justice administrative (CJA) et régie par l'article L. 123-12 du code de l'environnement¹³⁵. La rédaction de cette disposition exclut la condition d'urgence, puisque la suspension de l'acte par le juge est automatique dès lors que l'avis du commissaire enquêteur est négatif et que l'un des moyens avancés est jugé suffisamment sérieux. Dans une espèce où ces deux conditions étaient remplies, le rapporteur public D. Botteghi avait néanmoins proposé au Conseil d'État d'adapter la jurisprudence *AC!*. La suspension de l'acte par le juge aurait eu pour effet d'attenter gravement à la continuité et à la sécurité du trafic aérien. Le juge des référés avait le choix entre deux hypothèses. Il pouvait, en vertu de sa jurisprudence constante, ne pas suspendre l'acte, au nom d'un intérêt public qui le justifiait¹³⁶ ou bien – les données étant proches des conditions de recours à la jurisprudence *AC!* – adapter cette jurisprudence à son office. La sécurité juridique était en balance avec la légalité au nom de la préservation d'un intérêt public supérieur et il était

¹³³ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 12.

¹³⁴ D. Bailleul, *Droit administratif*, n° 2, févr. 2008, p. 26.

¹³⁵ Il dispose que « le juge administratif des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la Commission d'enquête, fait droit à cette demande si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci ».

¹³⁶ CE, 15 juin 2001, n° 230637, *Société Robert Nioche et ses fils*, Lebon T. p. 1120.

certain que la suspension immédiate emportait des conséquences manifestement excessives¹³⁷. Si le rapporteur public n'a pas été suivi en l'espèce, le juge ayant préféré s'en remettre au refus de suspendre sur le fondement d'un intérêt public supérieur¹³⁸, sa réflexion démontre à quel point la jurisprudence *AC!* se diffuse. Le rapporteur public s'était également référé à la jurisprudence *Danthy*¹³⁹ qui va également – quant aux formalités substantielles – dans le sens du pragmatisme du juge. Le souci de l'après-décision est désormais ancré dans la jurisprudence du juge administratif, quel que soit son office.

Autre extension, le pouvoir de modulation des effets de la décision a été transposé du contentieux de la légalité au référé contractuel. Cette transposition aurait pu paraître moins nécessaire que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir pour lequel l'alternative entre annulation et maintien des effets de l'acte est stricte. Le juge des référés contractuels dispose au contraire de pouvoirs importants: annulation du contrat, résiliation, réduction de sa durée, pénalités financières... Ces sanctions permettent une véritable adaptation du sens de la décision à la gravité de l'irrégularité constatée. Pourtant, dans une décision *Société Koné*

¹³⁷ D. Botteghi précise : « vous devez décider du champ de l'ouverture prétorienne du pouvoir de différer la suspension. S'il doit assurément couvrir le cas, qui n'est guère discutable, où il faut assurer la sécurité ou la continuité d'un service public, comme en l'espèce, vous pourriez aussi vouloir opter pour un champ plus large, en réservant en général les suspensions dont les conséquences seraient manifestement excessives », in « Intérêt général et refus de suspension dans un référé spécial - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres* », RFDA 2012. 720.

¹³⁸ CE, 16 avr. 2012, n° 355792 et n° 355867, *Commune Conflans-Sainte-Honorine, Collectif inter-associatif du refus des nuisances aériennes*, Lebon p. 153, concl. D. Botteghi; AJDA 2012. 791; *ibid.* 943, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RDI 2012. 415, obs. P. Soler-Couteaux; AJCT 2012. 440, obs. M. Moliner-Dubost; RFDA 2012. 719, concl. D. Botteghi.

¹³⁹ CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthy*, Lebon p. 649.

du 1er juin 2011¹⁴⁰, le juge s'est reconnu la possibilité de moduler dans le temps l'effet de l'annulation du contrat¹⁴¹ à l'expiration d'un délai de quatre mois. À l'instar de ce qui est le cas pour le contentieux de la légalité, il a apprécié les circonstances affectées et l'intérêt public qui pourraient s'attacher à la modulation. La continuité des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs a justifié que le juge puisse prendre en compte la stabilité des situations juridiques¹⁴². Il a réitéré cette solution quelques mois plus tard, en tenant compte de la nécessité de la continuité de prestations de services¹⁴³.

Toujours au titre d'illustration des potentialités d'extension de la jurisprudence *AC!*, son application potentielle aux demandes d'avis – même si elle a été rejetée – mérite d'être évoquée. Les conclusions de D. Chauvaux sur un avis du 31 janvier 2006 permettent de mettre en lumière l'idée d'un bilan entre le respect de la légalité et la stabilité des situations juridiques qui pourrait s'appliquer aux demandes d'avis, dans le cas où des désordres graves devraient être prévenus. Comme le précise le rapporteur public, « la détermination du sens d'une disposition législative ou réglementaire, voire la découverte d'un principe général, peut

¹⁴⁰ CE, sect., 1er juin 2011, n° 346405, *Société Kone*, Lebon p. 266; AJDA 2011. 1108 ; AJCT 2011. 568, obs. S. Hul ; RTD eur. 2011. 893, obs. J.-P. Kovar.

¹⁴¹ CJA, art. L. 551-18.

¹⁴² De l'avis de M. Dreifuss, « l'effet différé présente toujours un certain intérêt pour gérer les situations transitoires: il permet à l'acheteur de lancer une nouvelle procédure et d'attribuer les nouveaux contrats » in « Une nouvelle brèche ouverte dans la voie étroite du référé contractuel », AJDA 2012. 270.

¹⁴³ D'après R. Noguellou, « La solution n'était pas tout à fait évidente, dès lors que les pouvoirs du juge découlent, en la matière, d'un texte communautaire qui ne prévoit pas le principe d'un tel « sursis » accordé au marché », in « Nouvelles précisions sur le régime du référé-contractuel », Note sur CE 30 nov. 2011, n° 350788, *Société DPM Protection*, RDI 2012. 91, obs. R. Noguellou.

soulever des difficultés du même ordre » que celles justifiant la jurisprudence *AC!*¹⁴⁴. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union a étendu les pouvoirs de modulation des effets de sa décision qui lui étaient attribués par l'article 264 du TFUE (applicable au recours en annulation) dans le cadre de son appréciation sur renvoi préjudiciel. Cette limitation des effets dans le temps de la jurisprudence de la CJUE rendue sur interprétation a été jugée par l'affaire *Defrenne* de 1976¹⁴⁵. La Cour avait limité pour l'avenir les effets de sa décision au vu de « considérations impérieuses de sécurité juridique »¹⁴⁶. Parallèlement, dans le cadre de l'appréciation de validité, elle s'était, dans un premier temps, fondée sur « l'application par analogie de l'article 174, deuxième alinéa, du traité »¹⁴⁷ pour limiter dans le temps l'invalidation et cela sans réserver les actions en cours, ce qui avait été la cause d'une réticence certaine des juges nationaux¹⁴⁸. Quinze années plus tard, elle a uniformisé le régime de son contentieux rendu sur question préjudicielle en précisant qu'il lui appartient, lorsqu'elle fait usage de ce pouvoir, de déterminer le sort réservé aux actions en cours introduites devant les juges nationaux¹⁴⁹. L'extension du pouvoir de modulation à ce type de contentieux connaît donc un premier antécédent. Si le Conseil d'État français doit nécessairement tirer certaines leçons des errements de la Cour de justice, notamment quant

¹⁴⁴ Selon D. Chauvaux, « Un choix devra donc selon nous être effectué dans les années qui viennent » in « Permis de conduire: l'information que l'administration doit fournir avant de retirer des points », conclu. sur CE, avis, n° 295396, 31 janv. 2007, AJDA 2007. 739 s.

¹⁴⁵ CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Defrenne*, Rec. CJCE p. 455.

¹⁴⁶ V., CJCE, 2 févr. 1988, aff. 24/86, *Blaizot*, Rec. CJCE p. 379.

¹⁴⁷ CJCE, 15 oct. 1980, aff. 4/79, *Société Providence agricole de la Champagne*, Rec. CJCE p. 2823; aff. 109/79, *Maïseries de Beauce*, Rec. CJCE p. 2883; aff. 145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

¹⁴⁸ V. par ex., CE, 26 juill. 1985, n° 42204, *Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, Lebon p. 233.

¹⁴⁹ CJCE, 26 avr. 1994, aff. C-228/92, *Roquette Frères*, Rec-I CJCE p. 1445.

à l'autorité à accorder à ce type de décisions, la potentialité théorique de l'usage de ce pouvoir dans un tel cas de figure ne doit toutefois pas être écartée.

Enfin, la jurisprudence relative à la modulation a surtout été étendue à l'office du juge du contrat. Au titre des aboutissements de la décision *AC!* que les arrêts *Tropic Travaux* et *Département de Tarn-et-Garonne* ont permis de réaliser, il faut compter l'extension du pouvoir de modulation au juge du contrat, dans le cadre du recours ouvert aux tiers lésés. Dans le plein contentieux, le juge n'avait auparavant d'autres possibilités que de constater l'inexistence rétroactive de la convention. Il gagne en souplesse dans le cadre du recours ouvert par cette jurisprudence puisqu'il a intégré, au titre de ses priorités, la question de l'effet de ses décisions et son adaptation à la gravité des vices constatés ainsi qu'aux déstabilisations que la sanction de la légalité peut être amenée à créer¹⁵⁰.

Extension aux différents types de décisions, aux différents actes et aux différents moyens: le succès de la jurisprudence *AC!* est avéré. Une question primordiale se pose alors, celle de la fidélité au caractère exceptionnel de cette jurisprudence, au-delà même des statistiques. La rigueur du raisonnement pourrait laisser penser qu'il constitue en lui-même l'incitation à un recours exceptionnel à ce pouvoir. Néanmoins, le constat des effets manifestement excessifs de la rétroactivité de l'annulation n'est pas identifiable au point qu'il puisse être question d'une grille de lecture qui ne fasse pas largement appel à l'appréciation du juge; cette appréciation du caractère manifestement excessif n'est pas seule de nature à assurer l'application exceptionnelle. L'évolution de la jurisprudence consiste plutôt en une érosion du caractère exceptionnel au point qu'il est possible d'affirmer que le pouvoir de modulation est entré dans les méthodes du juge. Il ne faut toutefois pas en exagérer l'importance au point d'affirmer que sa « mise en œuvre n'est en rien exceptionnelle, contrairement à ce qui était initialement annoncé »¹⁵¹. Les conclusions des rapporteurs

¹⁵⁰ V., les propos de R. Noguellou, *op. cit.*, RDI 2012. 91.

¹⁵¹ C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 2e éd., 2013, LGDJ, coll. « Manuel », p. 252.

publics¹⁵² démontrent que le choix de faire application du pouvoir de modulation doit se faire en intériorisant son caractère exceptionnel¹⁵³.

Ce nouvel office du juge n'est pas une création de la jurisprudence *AC!*. Si elle a fait entrer dans ses pouvoirs la modulation des effets de l'annulation contentieuse, elle a fait naître d'autres potentialités qui ont été consolidées par la suite.

2. LE DÉMENTI D'UNE RÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

L'arrêt *AC!* est un grand arrêt de la jurisprudence administrative; à n'en pas douter, c'est d'ailleurs l'un des plus grands de la dernière décennie. Il s'insère dans une lignée de jurisprudences qui permettent de réinterpréter l'office du juge, de le modifier en l'adaptant aux réalités changeantes de son contrôle. L'arrêt *AC!* s'insère plus dans une suite qu'il ne constitue une révolution isolée.

2.1 Une jurisprudence strictement appliquée

Il existe une pratique procédurale de la modulation que le juge suit avec rigueur. Cette même rigueur se manifeste dans le refus, fréquent, d'appliquer la jurisprudence.

¹⁵² On peut se référer aux termes de M. Guyomar qui s'inquiète qu'une solution: « constituerait en outre un précédent aisément transposable, ce qui risquerait de mettre en cause le caractère exceptionnel que vous avez entendu conférer à la jurisprudence *AC!* », Concl. préc. AJDA 2008. 642.

¹⁵³ On adhère au point de vue de G. Pellissier qui affirme que « toute décision quant à l'usage de ce pouvoir est sous-tendue par le caractère exceptionnel de cette dérogation au principe de la rétroactivité de l'annulation contentieuse », in « Quatre ans... », *op. cit.*, pt 4.

2.1.1 Une rigueur d'application

Le considérant de principe de l'arrêt de 2004 ne se limite pas à la seule énonciation du principe de la modulation des effets, il détaille son application contentieuse. Deux conditions principales sont posées: le recueil des « observations des parties » et l'examen de « l'ensemble des moyens (...) pouvant affecter la légalité de l'acte en cause »¹⁵⁴. Une troisième condition se retrouve dans la fin du considérant consistant à réserver les actions contentieuses en cours à la date de lecture de la décision. La jurisprudence *AC!* entend respecter ainsi la transparence de l'instruction, le respect scrupuleux du contradictoire et le droit au recours.

Première contrainte procédurale à laquelle le juge s'attache, le recueil des observations des parties a fait l'objet de plusieurs affaires importantes. L'atteinte aux droits des parties, conséquence de la décision *AC!*, justifie que le juge s'oblige à une communication particulière sur cette question. En effet, il n'est pas rare que le pouvoir de modulation soit utilisé d'office, le risque étant alors de provoquer des « coups de théâtre contentieux »¹⁵⁵. Face à ces craintes, le juge veille à ce que la modulation s'insère dans « la voie d'un débat sain et serein »¹⁵⁶ et s'oblige à recueillir les observations des parties. L'accent porté sur les droits des parties à débattre sur la question peut ainsi conduire à une mention dans la décision du «supplément d'instruction » qui a été nécessaire¹⁵⁷. Cette communication est d'ailleurs

¹⁵⁴ CE, ass., 11 mai 2004, préc.

¹⁵⁵ A. Bretonneau et X. Domino, « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA* 2013. 1276.

¹⁵⁶ J.-M. Sauvé, « Un corridor de Vasari ... », *op. cit.*, *AJDA*, p. 1670 ; v. égal., du même auteur, sur cette question, « Les mutations de la justice administrative : conclusions et perspectives », *AJDA* 2012. 1220.

¹⁵⁷ V., à ce propos G. Dumortier, concl. sur CE, 28 nov. 2011, préc., cité *in* M. Touzeil-Divina, « Maîtrise ou « *masterisation* » du temps et des effets contentieux », *JCP act*, n° 28, 16 juill. 2012, 2254.

régulièrement rappelée dans le considérant de principe lorsque le juge a soulevé d'office la question des effets dans le temps¹⁵⁸ et, bien plus rarement, lorsqu'elle a été sollicitée par les parties¹⁵⁹. Elle n'est pas sans rappeler celle suivie par le Conseil d'État au sujet du relevé d'office des moyens d'ordre public par le décret du 22 juin 1992, dont la jurisprudence a précisé qu'elle pouvait intervenir avant ou après la clôture de l'instruction¹⁶⁰.

La prise en compte des intérêts des parties a connu une application renouvelée dans le cadre de la dernière modification du considérant de principe, consistant à prévoir que la décision prononçant l'annulation pouvait être distincte de celle statuant sur les effets de cette annulation. Cette première « déliaison » des deux décisions a été consacrée le 12 mai 2010 et consiste en un respect accru de la discussion des parties, puisque le juge surseoit à statuer afin de réserver à celles-ci un délai pour débattre du juste effet à choisir pour l'annulation¹⁶¹. La formulation retenue quant à la pratique de la « décision en deux temps »¹⁶² est constante depuis lors mais n'a été appliquée que rarement¹⁶³. Il convient d'ajouter que

¹⁵⁸ CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, préc. ; CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc. ; CE, ss. sect. réunies, 13 janv. 2010, n° 305944, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, AJDA 2010. 1222 ; CE, ss. sect. réunies, 24 juin 2011, n° 343391.

¹⁵⁹ CE, 25 févr. 2005, n° 247866, *France télécom*, préc.

¹⁶⁰ CE, sect., 30 oct. 1992, n° 140220, *Ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, Lebon p. 384 ; AJDA 1992. 821, concl. F. Lamy, note Y. Jégouzo ; RDI 1993. 64, obs. Y. Gaudemet, H. Savoie et L. Touvet ; RFDA 1992. 1007, obs. R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle et J.-F. Lachaume.

¹⁶¹ CE, 12 mai 2010, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Lebon T. p. 919 ; Dr. soc. 2010. 1131, obs. J. Barthélémy.

¹⁶² L'expression est empruntée à D. Connil, *op. cit.*, AJDA 2013. 1876.

¹⁶³ CE, 12 mai 2010, n° 325657, préc. et CE, 7 mars 2011, n° 325657 ; CE, ss. sect. réunies, 28 nov. 2011, n° 341775, Lebon T. p. 952 et CE, ss. sect. réunies, 1er juin 2012, n° 341775, préc. ; CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon p. 271 ; AJDA 2012. 1379 ; D. 2012. 2622, obs. P.

c'est la décision du 15 mai 2013 qui a codifié la pratique de la décision en deux temps en l'intégrant au considérant de principe. Il est désormais fait mention de l'exercice du pouvoir de modulation du juge « dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation »¹⁶⁴.

Dans le cadre des décisions rendues spécialement sur les effets de l'annulation, le juge ne se prononce pas sur la légalité de l'acte mais simplement sur l'effet de l'annulation. Après avoir annulé l'acte, il laisse un temps aux parties pour connaître l'effet à donner à cette annulation et ce laps de temps pourra conduire à accorder un nouveau délai au législateur avant que l'annulation soit effective. Les différentes parties sont ainsi ménagées quant aux effets de l'annulation, mais l'on ne saurait sous-estimer l'atteinte feutrée ainsi portée au principe de légalité dont le respect est retardé. Ce nouveau type de décisions enrichit encore les possibilités du juge quant aux effets qu'il peut donner à son annulation et à sa maîtrise du temps. Cette palette d'effets est louable, il reste qu'elle pourrait être susceptible d'introduire une réelle confusion dans la lisibilité de la jurisprudence et surtout un décalage dans le temps, préjudiciable dans le cadre de décisions en deux temps souvent fort éloignées l'une de l'autre. Il semble préférable que le juge réagisse en temps utile à la mesure d'instruction sollicitée relative à l'usage du pouvoir de modulation dans une espèce. Il faut considérer ce recours à la « déliaison » des deux questions comme réservé à des cas exceptionnels¹⁶⁵.

Le juge s'astreint à une seconde contrainte procédurale consistant à épuiser les moyens soulevés autant que les moyens d'ordre public, ce qui est de nature à empêcher

Lokiec et J. Porta et CE, 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, à mentionner aux Tables du Lebon; AJDA 2013. 1876, note D. Connil.

¹⁶⁴ CE, 15 mai 2013, n° 337698, préc.

¹⁶⁵ V. pour un ex. d'affaire ayant duré dans le temps sans qu'une déliaison n'ait été décidée, CE, ss. sect. réunies, 23 déc. 2013, n° 363702, préc.

l'économie de moyen ou le rejet d'un moyen par prétérition¹⁶⁶. Il doit se convaincre de l'effet adéquat, variable suivant les moyens retenus, et « vérifier si l'accueil d'un autre de ceux-ci serait susceptible de commander un déplacement du point d'équilibre du principe de sécurité juridique vers le principe de légalité »¹⁶⁷. Cette question de l'épuisement des moyens ne l'interdit pas d'annuler l'acte pour différents moyens justifiant différents effets dans le temps, mais également de choisir un effet dans le temps différent suivant les dispositions du texte¹⁶⁸.

L'obligation que s'impose le juge d'épuiser l'intégralité des moyens existe dans d'autres branches du contentieux. Elle est, par exemple, imposée par l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme pour le contentieux de l'urbanisme, mais également dans le cadre du pouvoir d'injonction¹⁶⁹. Lorsque le juge précise « qu'aucun autre moyen n'était susceptible d'emporter l'annulation », on retrouve dans la motivation cette idée que l'intégralité des moyens invoqués a été examinée et que le moyen unique ou les différents moyens ayant conduit à l'annulation justifiaient une modulation de ses effets¹⁷⁰.

¹⁶⁶ De l'avis de O. Dubos et F. Melleray, l'on ne saurait négliger le « nouveau coup de boutoir porté à la théorie de l'économie de moyens », *op. cit.* pt. 43.

¹⁶⁷ C. Landais, F. Lenica, « Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA* 2005. 999.

¹⁶⁸ Selon Ch. Guettier, « Cet examen exhaustif garantit que la modulation des effets dans le temps de l'annulation est bien adaptée aux dispositions censurées d'un même acte, certaines pouvant l'être rétroactivement et d'autres seulement pour l'avenir », *op. cit.*, p. 506.

¹⁶⁹ V., D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *chron. sur CE*, 4 juill. 1997, *M. Leveau*, *AJDA* 1997. 58 s.

¹⁷⁰ *CE*, 30 déc. 2010, n° 329513, *préc.* ; *CE*, 23 déc. 2011, n° 335033, *préc.* ; *CE*, 15 févr. 2013, n° 337698, *préc.* ; *CE*, 24 avr. 2013, n° 353280, *préc.*

Le juge se réfère également à la nature du moyen l'ayant conduit à annuler la décision¹⁷¹. Pour la première fois, dans la décision *France Télécom* de 2005, il a utilisé la formule sui- vante: « compte tenu tant de la nature du moyen d'annulation retenu que de ce qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli »¹⁷². En l'espèce, la rétroactivité de l'annulation des tarifs d'accès à la boucle locale entraînait de graves perturbations pour le secteur, qui pouvaient être considérées comme « plus graves » que le simple vice de procédure constaté¹⁷³. Une telle disproportion, du fait de la nature du moyen, peut aider à faire apparaître le côté excessif de la rétroactivité¹⁷⁴. Pourtant, cette même motivation a pu être employée lorsque le motif retenu était de légalité interne, ce qui faisait dire à P.-O. Caille: « c'est dire que l'annulation ne repose que sur un moyen de légalité externe et que l'acte n'est entaché d'aucune illégalité interne – comprendre: plus grave – alors qu'il ressort de l'arrêt lui-même que les règles de délai méconnues “avaient pour objet et pour effet de permettre le respect du principe d'égalité (...)”, ce qui n'est pas anodin »¹⁷⁵.

¹⁷¹ V., nos développements relatifs à l'extension de la jurisprudence.

¹⁷² CE, 25 févr. 2005, *France télécom*, n° 247866, préc.

¹⁷³ E. Prada-Bordenave justifie ainsi le sens de son raisonnement, « si l'on rapproche tous ces risques de l'illégalité tout à fait vénielle commise par l'ART, on ne peut qu'être impressionné de la disproportion qui existe entre les deux », in *Concl. sur CE, sect., 25 févr. 2005, France Télécom, RFDA 2005. 812* ; v., dans le même sens, les termes du communiqué de presse du Conseil d'État au sujet de l'annulation d'une décision individuelle, que « les annulations prononcées ont pour motif une irrégularité de procédure » mais également, « qu'aucun autre motif ne les justifie », CE, sect., 30 déc. 2010, *M. Marc Robert*, nos 329513 et 329515, préc.

¹⁷⁴ CE, 14 avr. 2013, n° 353280, préc.; CE, 24 avr. 2013, n° 337698, préc.; CE, 23 déc. 2011 n° 335033, préc.; CE, 30 oct. 2010, n° 329513, préc.

¹⁷⁵ P.-O. Caille, « Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire? », D. 2008. 1457; v., la formulation reprise dans les arrêts: CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.; CE, ss. sect. réunies, 24 juin 2011, n° 343391; CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2010, n° 296818, préc.

La décision du 11 avril 2012 démontre également que le juge privilégie la nature d'illégalité externe du vice constaté puisqu'il admet pouvoir moduler même si plusieurs moyens fondent l'annulation. Selon ses termes, il y a lieu de moduler les effets « compte tenu tant de la nature des moyens d'annulation retenus que de celle des autres moyens soulevés par les associations requérantes et susceptibles d'affecter la légalité des dispositions attaquées »¹⁷⁶.

Enfin, troisième élément contentieux pris en compte, les droits des parties sont encore au cœur de l'appréciation portée par le juge quant aux actions contentieuses affectées par le recours à la modulation des effets. Une longue phrase, présente depuis l'origine et reprise constamment depuis, prévoit que la décision de modulation ne s'applique pas aux actions contentieuses engagées à la date de la lecture de la décision¹⁷⁷. L'objectif de cette mesure est double. Elle stabilise les recours contentieux en évitant d'en créer de nouveaux et permet de préserver ceux déjà engagés¹⁷⁸, ce qui respecte profondément les droits acquis autant que l'exercice du droit au recours¹⁷⁹. Revenir sur la portée rétroactive de l'annulation

¹⁷⁶ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

¹⁷⁷ V. par ex., la formulation, CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc., « Il y a lieu, pour permettre aux pouvoirs publics de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'une et à l'autre, de n'en prononcer l'annulation - sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date de la présente décision - qu'à compter du 1er janvier 2009 » ; D. Connil considère qu'« il s'agit d'ailleurs d'une obligation pour le juge administratif », in « Modulation des conséquences et conséquences de la modulation », AJDA 2013. 1877.

¹⁷⁸ Ch. Guettier n'hésite pas à parler de « solution équilibrée », *op. cit.*, p. 505.

¹⁷⁹ Comme le précise C. Broyelle, « Les mesures prises sur leur fondement (de l'acte annulé) s'en trouvent stabilisées. Si elles demeurent contestables (à condition bien sûr de ne pas être définitives), l'illégalité de l'acte annulé dont elles procèdent ne pourra leur être reprochée.; la réponse « n'est pas neutre quant à la garantie des droits des parties à l'utilité du contrôle juridictionnel. Elle touche à l'effectivité du droit au recours », in *Contentieux administratif*, 2e éd., 2013, LGDJ, coll. « Manuel », p. 253.

est en effet susceptible de causer un trouble certain aux actions dirigées contre les actes pris sur le fondement de l'acte annulé dont l'illégalité aurait déjà été dénoncée¹⁸⁰.

L'importance accordée à l'exercice du droit au recours se manifeste également par l'un des changements majeurs du considérant de principe. Le juge administratif avait précisé qu'il était tenu, dans le cadre de la modulation, « au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation »¹⁸¹. Ceci constituait un rappel strict de l'exclusion des instances en cours. Mais le juge était allé plus loin en précisant qu'il devait « tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité » de différer les effets de l'annulation. Ces recours peuvent ainsi être pris en considération dans la juste appréciation de l'effet dans le temps choisi dans certaines espèces¹⁸², ce qui s'inspire de la pratique du juge constitutionnel pour le contrôle des lois de validation¹⁸³.

Un traitement particulier quant aux actions en cours est réservé aux décisions « en deux temps » qui posent la question de la date prise comme référence par le juge pour la

¹⁸⁰ Au sens de F. Dieu, cela, « signifie que les requêtes introduites entre la date de l'audience et celle de la lecture de la décision par ceux que les conclusions du commissaire du gouvernement auront mis sur la piste de la modulation, pourront bénéficier du caractère rétroactif de l'annulation », *op. cit.*, p. 2434.

¹⁸¹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

¹⁸² O. Bui-Xan, note ainsi que « les actions contentieuses (...) font désormais partie intégrante du bilan auquel s'attelle le juge », *in* « Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse », AJDA 2011. 854.

¹⁸³ V. par ex., Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. Cons. const. p. 46 où les actions engagées sont prises en compte mais ne justifient pas à elles seules l'inconstitutionnalité de la loi.

réserve des actions contentieuses en cours¹⁸⁴. S'agit-il de réserver les actions encore en cours à la date de la décision d'annulation ou bien de celle se prononçant sur les effets différés? La première décision qui avait sursis à statuer n'avait pas réglé cette question. C'est seulement dans la décision rendue quant aux effets dans le temps que le juge fit mention des actions contentieuses engagées à la date de la décision, et non de la décision initiale statuant sur l'annulation. Cela signifie que l'annulation de l'acte conservait un effet rétroactif dans le cadre de toute action engagée avant la date de lecture de cette décision, et non de la décision d'annulation¹⁸⁵.

2.1.2 Des cas de non application elliptiques

Si les applications de la jurisprudence apparaissent probantes et strictes, c'est notamment au vu du nombre important de rejets. Afin d'exprimer son opposition, lorsqu'il rejette l'application de la modulation, le juge ne motive que très peu sa décision, laissant penser qu'*a contrario* user de la modulation suppose de justifier longuement la décision¹⁸⁶. Une telle pratique permet de démontrer que le juge veille au caractère exceptionnel de la modulation. Beaucoup de décisions indiquent comme toute motivation qu'« il n'y a pas lieu,

¹⁸⁴ Les décisions sont espacées d'un à deux ans au plus tard, v., CE, 12 mai 2010, n° 325657 et CE, 7 mars 2011, n° 325657, préc.; CE, ss. sect. réunies, 28 nov. 2011, n° 341775 et CE, ss. sect. réunies, 1er juin 2012, n° 341775, préc.; CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698 et CE, ss. sect. réunies, 15 févr. 2013, n° 337698, préc.

¹⁸⁵ CE, 7 mars 2011, n° 325657, préc.

¹⁸⁶ Utilisée dans cette dernière hypothèse, une motivation très succincte suffit, v., CE, 23 févr. 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, Lebon p. 71; AJDA 2005. 668, note J.-D. Dreyfus; RFDA 2005. 483, concl. D. Casas; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

dans les circonstances de l'espèce, de donner un effet différé aux annulations prononcées »¹⁸⁷. Parfois même, cet appel aux circonstances de l'espèce peut ne pas apparaître¹⁸⁸.

Il ressort des décisions de non application de la jurisprudence *AC!* que le juge entend être convaincu par les conclusions des parties auxquelles il appartient « de produire tous les éléments d'information nécessaires »¹⁸⁹. Parfois, à l'instar de la décision du 30 juillet 2009, il est précisé qu'il ne ressort pas des pièces du dossier¹⁹⁰ qu'il y ait lieu d'utiliser la modulation des effets, ce qui laisse entendre que les parties n'ont pas démontré suffisamment la gravité de la situation¹⁹¹. Le juge est souvent amené à détailler les faits afin de démontrer qu'ils ne sont pas de nature à emporter la modulation. Tel est le cas de la décision du 12 décembre 2007 dans laquelle il est précisé que l'annulation de la décision a pour effet « de fragiliser les contrats de travail et de multiplier le nombre de litiges »¹⁹².

Il arrive également que le juge administratif développe plus longuement cette question. Il peut, par exemple, faire appel au fait que la rétroactivité de l'annulation n'est pas manifestement excessive « en raison tant des effets que cet acte a produits que des situations

¹⁸⁷ CE, 13 nov. 2006, n° 281349.

¹⁸⁸ CE, 6 août 2008, n° 297723, *Association Vent de colère*, AJDA 2008. 1573; *ibid.* 2117, note B. Le Baut-Ferrarière; *ibid.* 2312, chron. L. Richer, S. Nicinski et P.-A. Jeanneney.

¹⁸⁹ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 6.

¹⁹⁰ CE, 2 mars 2011, n° 313189, *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*, Lebon p. 77 ; AJDA 2011. 1046; RDT 2011. 582, obs. S. Nadal.

¹⁹¹ CE, 7 juill. 2006, n° 289012, *Société Poweo, Fédération française des combustibles, carburants et chauffage (FF3C)*, Lebon p. 325 ; AJDA 2006. 1416 ; RTD com. 2007. 36, obs. G. Orsoni; CE, 8 oct. 2012, n° 343082; CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 832; AJDA 2009. 1522.

¹⁹² CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 343072.

qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur »¹⁹³. Pour appliquer la modulation, le juge semble attendre que les situations non définitives déstabilisées par l'annulation soient nombreuses ou susceptibles d'entraîner une déstabilisation contentieuse en chaîne¹⁹⁴.

D'autres éléments peuvent être pris en compte pour ne pas recourir à la modulation des effets. Il peut être précisé qu'il n'y a pas lieu de valider ou de moduler les effets de l'annulation contentieuse en raison des effets limités dans le temps que l'acte a produits¹⁹⁵ ou alors même que cet acte n'a plus lieu de s'appliquer¹⁹⁶. Le juge peut également préciser « qu'il n'y a, en tout état de cause, pas lieu de différer l'effet de cette annulation », ce qui laisse entendre que la sécurité juridique pouvait être sauvegardée par d'autres voies¹⁹⁷. Ainsi, dans une décision du 30 janvier 2013, il a précisé qu'« eu égard notamment à la faible durée d'application de l'arrêté annulé (...) remplacé par d'autres dispositions trois mois après son entrée en vigueur »¹⁹⁸, la modulation des effets n'était pas nécessaire.

¹⁹³ CE, 7 juill. 2006, n° 289012, préc.

¹⁹⁴ CE, 16 juin 2008, n° 306295, *Association vivre et vieillir ensemble en citoyens, Association des directeurs au service des personnes âgées*, Lebon T. p. 847; AJDA 2008. 1238; *ibid.* 1972; v. égal., CE, 1er juill. 2010, n° 321595 CE, 1er juill. 2010, n° 321595, *Société Poweo*, Lebon p. 229; RTD eur. 2011. 494, obs. J.-P. Kovar.

¹⁹⁵ V., la formulation: « en raison des effets que cet acte a produits ou des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, du 15 août 2009 au 13 août 2010 », il n'y avait pas lieu de faire appel au pouvoir de modulation, CE, 22 oct. 2012, n° 332641, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, Lebon T. p. 781; AJDA 2013. 126, note F. Laffaille; *ibid.* 2012. 2031; *ibid.* 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RTD eur. 2013. 894, obs. E. Muller.

¹⁹⁶ CE, 10 juin 2013, n° 327375, AJDA 2013. 2127; v. égal., CE, 10 juin 2013, n° 337320, D. 2013. 1541, obs. C. Manara.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ CE, 30 janv. 2013, n° 352206.

Le juge fait également appel au nombre limité de situations juridiques concernées par l'annulation de l'acte. Dans une décision du 23 février 2005, il n'a pas appliqué la jurisprudence *AC!* pour l'annulation de modifications du code des marchés publics qui n'affectait que peu de situations juridiques¹⁹⁹. Avec la décision du 6 septembre 2006, il a également affirmé que l'annulation d'un régime spécial de sécurité sociale concernant peu de situations juridiques n'était pas de nature à emporter la modulation des effets de l'annulation²⁰⁰. C'est encore le sens de la décision du 19 juin 2013, par laquelle il a annulé les décrets portant classement hiérarchique de certains grades des personnels de France Télécom, qui concernaient trop peu de situations juridiques²⁰¹. Il en va de même pour la décision du 17 juillet 2013 où l'annulation de l'acte ne remettait pas en cause les nombreux documents d'entreprise ou encore les dossiers de médecine du travail qui pouvaient continuer à être utilisés, ce qui ne justifiait pas une modulation de l'annulation²⁰².

¹⁹⁹ CE, 23 févr 2005, *op. cit.*

²⁰⁰ CE, 6 sept. 2006, n° 276075 et n° 276155, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT, Comité d'entreprise de la société de secours minière du Nord*, Lebon T. p. 1077.

²⁰¹ CE, 19 juin 2013, n° 356248, AJDA 2013. 1894.

²⁰² CE, 17 juill. 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219, concl. N. Vialettes; AJDA 2013. 1546; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RDT 2013. 568, obs. M. Véricel.

Sur le plan de la formulation, le juge peut préciser tantôt qu'il n'entend pas limiter les effets de l'annulation²⁰³ tantôt qu'il n'entend pas les moduler²⁰⁴ ou bien qu'il n'entend ni moduler ni limiter ces effets; cette motivation dépend sûrement des écrits en demande des parties²⁰⁵. Il tombe assez naturellement sous le sens que, lorsque le juge est amené à refuser de moduler dans le temps les effets de la décision, c'est que les parties lui en ont fait la demande. Pourtant, il est remarquable de constater qu'il existe de nombreuses décisions précisant qu'il n'y a pas lieu de moduler dans le temps l'effet de la décision, alors même que cette question n'avait pas été posée au juge, qui s'est interrogé d'office²⁰⁶.

Enfin, il est arrivé que le juge rejette l'application de la modulation des effets dans le temps de l'annulation sans égard au fait que cette dernière ait été prononcée à la suite d'une

²⁰³ CE, 23 juill. 2010, n° 316588, *Syndicat national des techniciens et travailleurs de la production cinématographique et de télévision*, Lebon p. 341; CE, 22 oct. 2012, n° 332641, préc.; CE, 28 mars 2012, n° 343072, *Fédération des syndicats solidaires, unitaires et démocratiques des activités postales et télécommunications, Fédération des employés et cadres CGT Force et syndicat national de presse, d'édition et de publicité Force Ouvrière*, Lebon T. p. 1009; AJDA 2012. 1304; CE, 17 juill. 2013, n° 358109, préc.; CE, 30 janv. 2013; CE, 30 janv. 2012, n° 332622.

²⁰⁴ CE, 21 juill. 2007, n° 314015; CE, 10 févr. 2010, n° 327149, *Commune de Saint-Lunaire*, Lebon p. 921; AJDA 2010. 294; RDI 2010. 333, obs. Soler-Couteaux.

²⁰⁵ V., CE, 30 janv. 2013, n° 352206, où il est précisé « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard notamment à la faible durée d'application de l'arrêté annulé du 27 juin 2011 qui a été remplacé par d'autres dispositions trois mois après son entrée en vigueur, que son annulation soit de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits que des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter les effets de l'annulation de cet acte ».

²⁰⁶ CE, 16 juin 2008, n° 306295; CE, ss. sect. réunies, 2 mars 2011, n° 313189, *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*, Lebon p. 77; AJDA 2011. 1046; RDT 2011. 582, obs. S. Nadal; CE, ss. sect. réunies, 10 juin 2013, n° 327375, préc.; CE, 22 oct. 2012, n° 332641, *SIPPEREC*, préc.; CE, 10 juin 2013, n° 337320, préc.; CE, 8 oct. 2012, n° 343082; CE, 30 janv. 2013, n° 352206; CE, ss. sect. réunies, 30 janv. 2012, n° 332622.

illégalité interne ou externe. Cela aurait pu être la conséquence logique de certaines motivations adoptées par le juge lorsqu'il module les effets dans le temps en se fondant sur la nature d'illégalité externe du vice affectant l'acte. Pourtant, les refus d'application de la jurisprudence sont à peu près équitablement fondés sur un moyen de légalité interne ou externe²⁰⁷. Il faut néanmoins noter, pour nuancer ce constat, le sens des conclusions du commissaire du gouvernement Ch. Devys sur la décision *Fédération des services CFDT* du 18 octobre 2006, qui, pour justifier le refus de moduler, se fondait sur le vice d'illégalité interne qui affectait l'acte²⁰⁸.

Il ressort des cas de non application de la jurisprudence que, « si les effets perturbateurs de l'annulation rétroactive n'apparaissent pas avec évidence dans le dossier, le juge appliquera toujours le principe, à savoir la rétroactivité, plutôt que l'exception »²⁰⁹. Il serait excessif de considérer que le juge ne motive pas ou peu sa décision lorsqu'il n'applique pas la modulation des effets dans le temps mais il entend néanmoins prouver que la gravité de la rétroactivité ne ressort pas des éléments soumis à son appréciation sans justifier plus en avant ce constat.

Le juge confirme que la rétroactivité de l'annulation est le principe, la modulation l'exception, ce qui démontre la force de la rétroactivité dans la tradition juridique française.

²⁰⁷ (205) V., pour des refus d'appliquer la jurisprudence *AC!* fondés sur des moyens de légalité externe parmi de nombreux exemples, CE, 19 juin 2013, n° 356248, préc.; CE, 28 mars 2013, n° 357064, *Union syndicale des magistrats administratifs (USMA)*, *Syndicat de la juridiction administrative (SJA)*, AJDA 2013. 719.

²⁰⁸ CE, 18 oct. 2006, n° 276359, *Fédération des services CFDT*, Lebon p. 427, concl. Ch. Devys; D. 2006. 2628; *ibid.* 2617, tribune P. Langlois; Dr. soc. 2006. 1096, concl. C. Devys; RDT 2006. 397, obs. M. Véricel; *ibid.* 2007. 118, obs. S. Nadal.

²⁰⁹ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 12.

2.2 Une adaptation de l'office du juge dans un souci de réalisme et d'efficacité

La jurisprudence *AC!* n'était pas seule de nature à induire une évolution profonde de l'office du juge. Si ce dernier développe son pragmatisme et se préoccupe des conséquences de sa décision, cette mue n'est pas le seul fait de la jurisprudence de 2004. Il est d'ailleurs permis de penser que la jurisprudence *AC!* n'a pas encore répondu à toutes les interrogations doctrinales sur les contours du nouveau pouvoir de modulation des effets dans le temps. La plu- part des questions posées par l'application de la jurisprudence de 2004 n'ont ainsi été résolues qu'indirectement par le juge.

2.2.1 Des questions persistantes

En dix ans d'application, certaines interrogations posées par la décision du 11 mai 2004 n'ont toujours pas connu de réponses. C'est le cas de la question d'une application de la modulation dans le temps dans le cadre d'une exception d'illégalité du règlement, question qui se révèle d'une utilité limitée du fait de l'au- torité relative de chose jugée associée à la décision du juge dans ce cadre²¹⁰. Il reste que la jurisprudence démontre que cet exemple n'est pas seulement hypothétique puisque la question de la liaison du pouvoir de modulation à un contentieux de nature préjudicielle s'est posée à la CJUE à propos des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité. La Cour a d'abord reconnu l'autorité de chose interprétée

²¹⁰ V. sur cette question, J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 445. C'est également l'avis de C. Landais et F. Lenica: « posée dans cette seule perspective minimaliste, la question ne revêt (...) pas un immense intérêt », *op. cit.*, p. 1190 ; La question de la modulation dans le temps appliquée à l'exception d'illégalité dans le cas où l'annulation se fonde « en tant que de ne pas », a néanmoins pu se poser au rapporteur public, mais cette solution n'a pas été retenue, v., CE, sect., 25 févr. 2005, n° 253593 et la note de C. Landais et F. Lenica, « Le juge, la gomme et le crayon », *AJDA* 2005. 1002.

attachée à ses arrêts préjudiciels²¹¹ puis a affirmé l'effet *erga omnes* des arrêts rendus en appréciation de validité²¹². Dans ce contexte, un conflit est né en 1980 lorsque la Cour, sur renvoi préjudiciel de la France, avait limité dans le temps les effets de sa déclaration d'invalidité en se fondant par analogie sur le texte du traité relatif au pouvoir de modulation pour le recours en annulation, dans le cadre du contentieux de l'invalidité²¹³. Les données étaient pourtant foncièrement diffé- rentes dans les deux contentieux, puisque l'effet différé – dans le contexte du renvoi – aurait conduit à imposer aux États les effets qu'ils doivent accorder aux décisions de la Cour²¹⁴. De plus, en ne réservant pas le sort des affaires en cours, la CJUE avait entraîné une vive réaction de la Cour constitutionnelle ita- lienne²¹⁵, ce qui l'a finalement amené à nuancer sa position²¹⁶.

Cette question de l'application du pouvoir de modulation dans le cadre de contentieux par voie d'exception s'est également posée au Conseil d'État belge. En droit belge, lorsque le juge administratif se prononce sur une exception d'illégalité²¹⁷, les actes individuels pris sur le fondement de l'acte réglementaire sont également susceptibles d'être attaqués devant le juge judi- ciaire. La Cour constitutionnelle belge s'est prononcée sur cette

²¹¹ CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, *Da Costa*, Rec. CJCE p. 59.

²¹² CJCE, 13 mai 1981, aff. 6/80, *SpA International Chemical Corporation*, Rec. CJCE p. 1191.

²¹³ CJCE, 15 oct. 1980, aff. C-145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

²¹⁴ Cette démarche pouvait paraître acceptable dès lors qu'elle était mise en lien avec le rôle d'interprète authentique du Traité de la Cour de justice, v., B. Genevois, concl. sous CE, sect., 26 juill. 1985, *ONIC*, AJDA 1985, spéc. p. 619.

²¹⁵ Cour constitutionnelle italienne, 21 avr. 1989, *Fragd*.

²¹⁶ CJCE, 26 avr. 1994, aff. C-228/92, *Roquette Frères*, Rec-I CJCE p. 1445, pt 25.

²¹⁷ L'art. 159 de la Constitution dispose que « Les cours et tribunaux n'appli- quent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

articulation et a jugé cette procédure conforme tout en précisant que le maintien, par le Conseil d'État, des effets d'un acte réglementaire annulé impliquait que le juge saisi du contrôle incident de légalité du règlement ne puisse plus écarter cet acte du litige²¹⁸. Une telle hypothèse n'est assurément pas théorique et son application effective mériterait d'être solidement pensée, même si le droit comparé démontre qu'elle n'est pas à exclure.

Une autre question n'a pas été résolue par les dix ans d'application d'*AC!*. C'est le cas des craintes de la doctrine quant à l'affaiblissement possible de l'engagement de la responsabilité de la personne publique du fait de la modulation des effets de l'annulation²¹⁹. Les premiers commentateurs avaient déjà démontré qu'une telle recherche n'était d'ailleurs pas dépendante de conclusions centrées sur l'illégalité du texte²²⁰.

Certaines implications attendues de la jurisprudence méritent encore d'être examinées du fait de leur importance sur un plan théorique et parce qu'elles faisaient partie des objectifs majeurs de l'émergence du pouvoir de modulation. C'est le cas de l'impact de la jurisprudence sur les validations législatives.

Si la jurisprudence *AC!* a comme objet clairement identifiable d'éviter les lois de validation, il est important de vérifier si elle est, à elle seule, susceptible d'endiguer le recours à ces lois. D'un type particulier, elles peuvent être définies comme des « intervention(s) du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, résultant notamment

²¹⁸ Arrêt n° 18/2012 du 9 févr. 2012.

²¹⁹ C'est le cas de Ch. Guettier, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif aura d'ailleurs cet effet paradoxal que tout en incitant l'administration à faire preuve occasionnellement d'un certain laxisme dans le respect de la légalité à l'occasion de la prise d'actes administratifs, celle-ci n'aura pas à en rendre compte », *op. cit.*, p. 506.

²²⁰ V., P.-L. Frier, *op. cit.*, p. 36 ; v. égal., J.-H. Stahl et A. Courrèges qui écrivent qu'« un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques », *op. cit.*, p. 452.

de décisions de justice, permet de réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction »²²¹. Sévèrement contrôlées quant à leur nécessité²²², ces lois de validation ont pu apparaître particulièrement dommageables à la garantie du principe de séparation des pouvoirs autant qu'à l'autorité des décisions juridictionnelles. Aussi, en appréciant lui-même les conséquences dommageables de la rétroactivité de ses décisions, le juge administratif avait laissé penser que le pouvoir de modulation réduirait les lois de validation. Pourtant, les régulations *a posteriori* de certaines conséquences des annulations de la décision, qui sont les premières visées par la jurisprudence *AC!*²²³, ne sont pas nécessairement amenées à disparaître²²⁴. La jurisprudence *AC!* a tout de même incontestablement réussi à réduire les validations législatives qui, de par le contrôle sévère qu'elles subissent par ailleurs, ne sont amenées à être rien de plus qu'un outil de dernier recours.

Toutefois, l'application de la jurisprudence *AC!* peut être de nature à conduire le législateur à valider les conséquences d'une annulation lorsque l'administration a failli dans la régularisation de la situation juridique liée à l'annulation²²⁵. Un cas topique d'illustration de cette problématique peut déjà être répertorié. L'application de la jurisprudence *AC!* au système de rémunération pour copie privée a conduit à un imbroglio législativo-juridictionnel. On sait que la jurisprudence peut s'appliquer aux actes réglementaires ou

²²¹ J. Massot, *Répertoire de Contentieux administratif – Validations législatives*, Dalloz, juin 2012.

²²² V., au titre du contrôle par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Loi de validations d'acte administratif*, Rec. Cons. const. p. 46.

²²³ V., quant aux différents types de lois de validations B. Mathieu, *Les « validations » législatives, principes constitutionnels et pratique législative*, Economica PUAM, 1987, 329 p.

²²⁴ O. Dubos et F. Melleray *op. cit.*, pt. 7.

²²⁵ Dans ce cas, comme l'écrit P.-L. Frier, « l'existence d'une nécessité d'intérêt général encore plus impérieuse aura à être démontrée », *op. cit.*, p. 33.

individuels ainsi qu'aux actes pris par des autorités administratives indépendantes; cette diversité de personnes publiques concernées par la modulation a été au cœur du problème posé en l'espèce. Dans l'arrêt du 17 décembre 2011, était en cause une décision de la Commission pour copie privée qui était incitée par le juge à prendre une nouvelle décision. Cependant, à la suite du délai de six mois qui lui avait été laissé, elle ne s'était pas prononcée à nouveau. L'administration n'avait pas été suffisamment réactive et c'est à sa défaillance qu'il convient d'imputer le recours à la loi de validation du 20 décembre 2011²²⁶. Emprunts du sentiment d'illégitimité de ce type de lois, plusieurs requérants portèrent devant le juge constitutionnel la question de la nécessité de cette loi de validation au titre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Tout d'abord, dans le cadre d'une affaire n° 2012-263 QPC²²⁷, les requérants contestaient le I de l'article 6 de la loi de validation que le Conseil constitutionnel déclara conforme. Puis le sort du II du même article fit l'objet d'une nouvelle QPC n° 2012-287²²⁸ qui conduisit à sa censure.

La construction jurisprudentielle peut ainsi se trouver compromise si l'administration n'a pas réagi en temps utile.

2.2.2 Une évolution progressive

L'arrêt du 11 mai 2004 est l'aboutissement de deux évolutions principales, « la valorisation accrue de la sécurité juridique et (...) (le) développement de ce que l'on a pu

²²⁶ Loi n° 2011-1898 du 20 déc. 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

²²⁷ Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-263 QPC, *Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques - SIMAVELEC*, Rec. Cons. const. p. 386, D. 2012. 1883 ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2013. 278, obs. F. Pollaud-Dulian.

²²⁸ Cons. const., 15 janv. 2013, n° 2012-287 QPC, *Société française du radiotéléphone - SFR*, D. 2013. 176; RTD com. 2013. 278, obs. F. Pollaud-Dulian.

nommer le “didactisme judiciaire”²²⁹. En effet, en ouvrant la possibilité de la modulation des effets de l’annulation contentieuse, l’arrêt a conduit le juge à une modernisation considérable de son office; la discussion est connue²³⁰. Il est toutefois possible de s’interroger sur le point de savoir si l’arrêt constitue, à lui seul, la révolution attendue. Il semble que ce soit bien plus « l’art de la suite jurispruden- tielle »²³¹ manié par le juge qui ait conduit à la modernisation de son office jusqu’à un pragmatisme plus balancé.

L’arrêt *AC!* est à la fois l’aboutissement d’un processus et le commencement d’un autre.

La modulation des effets dans le temps d’une annulation contentieuse s’inscrit dans un courant d’accroissement des pou- voirs du juge et une évolution de son office vers un pragmatisme certain qui se matérialise par diverses jurisprudences.

La première illustration de cette modernisation de l’office du juge se situe dans l’usage de diverses techniques procédurales lui permettant de ne pas prononcer d’annulation. L’arrêt *AC!* avait été préparé par une réflexion sur la façon d’éviter les conséquences dommageables de la rétroactivité²³². À ce titre, il est possible de citer différentes techniques

²²⁹ O. Dubos, F. Melleray, *op. cit.*, pt 8.

²³⁰ V. à ce sujet, J. Arrighi de Casanova « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges en l’honneur de D. Labetoulle, Juger l’administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 10 s.; v. égal., J.-M. Sauvé « Un corridor de Vasari... », *op. cit.*, p. 1671.

²³¹ L’expression est empruntée à A. Bretonneau, X. Domino, « De l’art de la suite jurisprudentielle: triptyque contractuel », *AJDA* 2013. 1271 s.

²³² V., les propos de J. Arrighi de Casanova suivant lequel, « contrairement à ce qui a pu être écrit, le juge administratif s’est, de longue date, préoccupé des conséquences de ses décisions d’annulation », in B. Seiller, (dir.) *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007, L’Harmattan, coll. « études juridiques », p. 54.

juridictionnelles comme la neutralisation de motifs²³³, la substitution de base légale²³⁴ ou de motifs²³⁵, mais également le recours à la théorie des formalités procédurales non substantielles affectant l'acte²³⁶. Dans ces cas, l'annulation serait disproportionnée par rapport à la régularisation aisément réalisable des vices affectant l'acte.

Une autre illustration du pragmatisme du juge se retrouve dans un courant plus général²³⁷ manifestant son travail sur l'effet de ses décisions et leur application par l'administration²³⁸. Dans un premier temps, il a admis la possibilité d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure nouvelle dans un délai qui lui est imparti.

« Véritable guide de l'exécution de la chose jugée »²³⁹, l'arrêt *Vassilikiotis* du 29 juin 2001²⁴⁰ consistait en une modulation de l'annulation, mais non en un effet différé de

²³³ CE, ass., 12 janv. 1968, n° 70951, *Ministre de l'économie et des finances c/ Mme Perrot*, Lebon p. 39.

²³⁴ CE, sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, Lebon p. 479, concl. J.-H. Stahl; AJDA 2004. 202, chron. F. Donnat et D. Casas; D. 2005. 35; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier; RFDA 2004. 733, concl. J.-H. Stahl.

²³⁵ CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, *Mme Hallal*, Lebon p. 48, concl. I. de Silva ; AJDA 2004. 436, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2005. 35 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier; RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva.

²³⁶ V., J.-M. Peyrical, « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Étude sur la neutralisation et la substitution des motifs », AJDA 1996. 22.

²³⁷ Trouvant son origine dans le décret du 30 juill. 1963 créant la commission du rapport devenue section du rapport et des études.

²³⁸ Ancien art. 2 de la loi du 16 juill. 1980 devenue loi du 8 févr. 1995.

²³⁹ F. Dieu, *op. cit.*, p. 2428.

²⁴⁰ CE, 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, Lebon p. 303; AJDA 2001. 1051; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin.

cette dernière. Quelques jours plus tard, la décision *Titran* du 27 juillet 2001²⁴¹ proposait une abrogation conditionnelle avec effet différé, laissant deux mois à l'administration pour purger l'illégalité de l'acte²⁴². Le juge démontrait ainsi qu'il lui était possible de prescrire à l'administration de poursuivre une procédure régulière²⁴³ ou de respecter les règles de compétence²⁴⁴, dans un délai fixé suite à l'annulation.

La révolution est donc, bien plus, une évolution.

Pour appréhender les avancées auxquelles l'arrêt *AC!* était susceptible de conduire, il convient également de poursuivre son analyse par d'autres décisions. Deux des attentes créées par l'arrêt *AC!* ont été prolongées par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007; elles consistaient à moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, ainsi qu'à rapprocher le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction.

La modulation dans le temps des effets de l'annulation avait pu sembler étroitement liée à une modulation des effets des revirements de jurisprudence, les deux questions étant proches sur le point du renforcement de la sécurité juridique²⁴⁵. La modulation des effets d'un revirement pouvait paraître souhaitable afin de conforter le mouvement de sécurisation des

²⁴¹ CE, 27 juill. 2001, n° 222509, *Titran*, Lebon p. 411; AJDA 2001. 1053; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin; D. 2001. 2726.

²⁴² V., M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 382.

²⁴³ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

²⁴⁴ CE, ss. sect. réunies, 3 mars 2009, n° 314792, préc.

²⁴⁵ V., sur cette question, B. Seiller, « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation », in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2007, p. 977 s.

situations établies²⁴⁶, autant qu’au regard de l’ampleur doctrinale qu’avait pris cette question de la « rétroactivité de la jurisprudence »²⁴⁷ dans la modernisation de l’office du juge. Néanmoins, elle n’a pas été abordée par la jurisprudence *AC!* puisque la modulation des effets des revirements a une identité distincte de la question de la rétroactivité de l’annulation et ses effets. Le débat doctrinal avait d’ailleurs été amorcé auparavant par le juge judiciaire et le résultat de l’application qui en est faite devant le juge administratif est bien plus limité²⁴⁸. Il était alors nécessaire de « parachever la palette des nouveaux outils mis à la disposition du juge »²⁴⁹. Il a fallu attendre le 16 juillet 2007 pour que le diptyque de la modulation des effets de l’annulation et de la rétroactivité de la jurisprudence soit consacré. Cette modulation des revirements pourra être prononcée dans le respect de deux conditions: qu’elle ne porte pas atteinte au « droit fondamental qu’est le droit au recours » ni « aux situations contractuelles en cours »²⁵⁰. La solution de l’arrêt – consistant à prévoir qu’un recours en vue

²⁴⁶ De l’avis de F. Dieu, en effet « La modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence constitue en effet l’une des conséquences possibles de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, en particulier lorsqu’un revirement de jurisprudence présente une véritable portée normative », *in* « La modulation... », *op. cit.*, p. 2434.

²⁴⁷ V., J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 15 s.

²⁴⁸ Sur ce rapport, brièvement dénommé rapport *Molfessis* (*Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005), v., études de S. Amrani-Mekki, C. Attias, J.-L. Aubert, X. Bachellier et N.-N. Jobard-Bachellier, M.A. Frison-Roche, Ph. Malinvaud, F. Melleray, J. Moneger et Y.M. Sernet, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293 s.

²⁴⁹ C. Landais, F. Lenica, « Même si elle est, par construction, totalement muette sur ce point qui était hors de son champ, la décision *AC!* pourrait bien n’être à terme que le premier tableau d’un diptyque fixant les contours des nouveaux pouvoirs dont doit disposer un juge moderne », *op. cit.*, *AJDA* 2004. 1191.

²⁵⁰ CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic Travaux signalisation*, Lebon p. 360, concl. D. Casas; *AJDA* 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling; D. 2007. 2500, note D. Capitant; *RDI* 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas; *ibid.* 917, étude F. Moderne; *ibid.* 923, note D. Pouyaud;

de la contestation de la validité d'un contrat est ouvert devant le juge du plein contentieux aux concurrents évincés – avait été réservée aux seuls contrats conclus postérieurement à l'arrêt. Cette simple mention revenait ainsi sur la rétroactivité traditionnelle de la jurisprudence²⁵¹. À ce titre, l'arrêt *Tropic Travaux* est une « transposition, en matière contractuelle, de ce qui existe en matière d'actes unilatéraux »²⁵²: il poursuit la philosophie de l'arrêt *AC!* qui consiste à tenir compte des « effets excessifs »²⁵³ des décisions. Cette attitude nouvelle du juge administratif préserve la sécurité juridique érigée, quelques mois plus tôt, en principe

ibid. 935, étude M. Canedo-Paris; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar; GAJA, 19e éd., 2013, p. 905.

²⁵¹ Ceci « afin d'éviter que l'annonce de cette nouvelle voie de recours contre les contrats administratifs suscite un raz-de-marée contentieux de la part des candidats malheureux à une procédure contractuelle et que toutes les conventions dont la conclusion a été publiée depuis moins de deux mois, et dont l'exécution a déjà commencé, ne se trouvent ainsi excessivement fragilisées », *in* M. Canedo-Paris, « Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles », RFDA 2007. 950.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Qui seraient ici apportées aux relations contractuelles; v., quant à cette préservation des relations contractuelles CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, préc.; v., sur cette question F. Moderne, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », RFDA 2007. 917, spéc. 922.

général du droit²⁵⁴. Ce principe compte au titre des impératifs du juge et constitue également une clé de la consolidation de ses pouvoirs²⁵⁵, dont il lui appartient d'user avec parcimonie²⁵⁶.

Quant à la possibilité éventuelle d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir aux contrats, elle a été clairement rejetée par l'arrêt *Tropic Travaux* qui apporte, encore une fois, une solution au questionnement posé par l'arrêt *AC!*²⁵⁷. Il était en effet probable que cette ouverture puisse avoir lieu²⁵⁸ en raison du rapprochement progressif entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux. La modulation des effets dans le temps permet effectivement au juge de l'excès de pouvoir de disposer d'outils afin de mieux préciser les

²⁵⁴ CE, ass., *Société KPMG*, préc. ; la consécration de ce PGD « ne pouvait que favoriser une réflexion sur le même sujet », in F. Lenica, J. Boucher, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: « *Never say never* » », AJDA 2007. 1577; Citons également D. Pouyaud pour qui les deux principes sont liés: « respecter le principe de sécurité (...) implique alors la poursuite de l'exécution du contrat », in « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », RFDA 2007. 934.

²⁵⁵ V., F. Lenica et J. Boucher qui parlent de « consécration d'un nouveau pouvoir du juge, consistant à déterminer la date d'effet de la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il dégage », *op. cit.*, p. 1585.

²⁵⁶ Puisque « l'arrêt *Association AC!* ne reconnaît au juge un pouvoir de modulation des effets d'une annulation contentieuse qu'« à titre exceptionnel » (...). On peut donc penser que le juge administratif n'utilisera de son pouvoir de modulation des effets d'un revirement de jurisprudence que de façon mesurée ». On partage néanmoins également l'avis de M. Canedo-Paris qui poursuit, « Il faut bien constater, cependant, que la rigueur rédactionnelle de l'arrêt *Association AC!* ne se retrouve pas dans la formulation de la décision commentée », *op. cit.*, p. 944.

²⁵⁷ D'après F. Dieu « la consécration, au profit du juge de l'excès de pouvoir, d'un pouvoir de modulation des effets des annulations contentieuses devrait conduire à supprimer le maillon intermédiaire que constitue le juge de l'exécution en permettant au juge de l'excès de pouvoir d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité », *op. cit.*, p. 2432.

²⁵⁸ V., D. Capitant, « Simplification des recours contre les contrats administratifs », D. 2007. 2500.

effets de sa décision²⁵⁹, au point d'accentuer la proximité des deux contentieux quant au pouvoir de « réformation » dont disposait, jusqu'alors, seul le juge du plein contentieux²⁶⁰. La question d'un « mouvement de fusion des offices »²⁶¹ avait été posée²⁶².

L'arrêt *Tropic Travaux* a pourtant clairement rejeté cette voie. Ce rejet se trouve explicité par les conclusions de D. Cassas portant sur l'inspiration exceptionnelle de la jurisprudence *AC!* et dont l'admission du recours pour excès de pouvoir contre les contrats aurait signé le coup d'arrêt²⁶³. La palette d'outils dont dispose le juge de plein contentieux semblait également la mieux adaptée au nouveau recours des concurrents évincés²⁶⁴.

²⁵⁹ Comme l'écrivent O. Dubos et F. Melleray, « Une des principales réserves formulées à l'encontre d'une telle évolution portait sur la brutalité des effets d'une annulation. Ne peut-on dès lors imaginer que cet obstacle est désormais levé? », *op. cit.*, pt 52; c'est également l'avis de P.-L. Frier: « L'arrêt *Association AC!* apporte une nouvelle contribution au rapprochement des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction puisque l'annulation pour excès de pouvoir a désormais des conséquences moins automatiques », *op. cit.*, p. 34.

²⁶⁰ J.-M. Sauvé, écrit qu'« il est clair qu'en adoptant la jurisprudence *AC!*, le Conseil d'État reconnaît au juge de l'excès de pouvoir un pouvoir d'abrogation, au surplus, à effet différé, que seule l'administration et le juge de plein contentieux pouvaient jusque là exercer », *in* « Un corridor de Vasari... », *op. cit.*, p. 1671; v. égal., les développements qu'y consacrent C. Landais et F. Lenica, *op. cit.*, AJDA 2004. 1889.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 1890.

²⁶² V., O. Dubos et F. Melleray, *op. cit.*, pt 45.

²⁶³ Comme l'écrit D. Pouyaud, « L'annulation sur recours du concurrent évincé a le même effet rétroactif, mais le juge du contrat n'aura pas à mettre systématiquement en œuvre la jurisprudence *AC!* puisqu'il dispose d'autres sanctions. (...) Il n'aurait pas eu à sa disposition toute la palette de sanctions qui, par définition, sont l'apanage du seul juge de pleine juridiction », *op. cit.*, p. 936.

²⁶⁴ F. Moderne écrit: « Il a opté, on le sait, en faveur d'un recours de plein contentieux, ouvert aux seuls concurrents évincés, quitte à donner au juge saisi une ample panoplie de moyens pour combattre les illégalités et en réduire les conséquences », *op. cit.*, p. 917.

Le rapprochement des deux contentieux n'a ainsi pas été signé par l'arrêt *AC!* mais plutôt par l'arrêt *Tropic Travaux*²⁶⁵. Bien qu'il en rejette le principe, ce dernier contribue effectivement à poursuivre ce mouvement, tant il semble que l'idée suivant laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne se préoccupe pas de l'efficacité de ses décisions est aujourd'hui dépassée²⁶⁶.

Le juge a ainsi été conduit à justifier son pragmatisme en usant délibérément de nouveaux pouvoirs. Dans cette évolution, l'arrêt *AC!* occupe une place de choix²⁶⁷ mais il ne doit pas être analysé comme la première ou la dernière pierre de l'édifice. En d'autres termes, « audace et pragmatisme: tels sont les mots qui (...) viennent à l'esprit pour caractériser la manière dont le Conseil d'État a (...) endossé » les « habits neufs » qui sont aujourd'hui, plus que jamais, les siens²⁶⁸.

Synthétiser les apports des différentes applications ne peut donner qu'une vision relativement partielle des pouvoirs du juge dans chaque espèce. La frontière n'est toujours pas aisée, dix ans plus tard, pour savoir où fixer le seuil de distinction entre ce qui est

²⁶⁵ V., la dernière évolution de la jurisprudence relative au recours des tiers, CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, à paraître au Lebon; AJCA 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus; AJDA 2014. 764; *ibid.* 1035; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; D. 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et Angélique Dizier; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta; *ibid.* 438, note P. Delvolvé.

²⁶⁶ De l'avis de D. Capitant, « Le temps n'est plus où l'on pouvait opposer un contentieux objectif largement ouvert mais aux effets essentiellement platoniques et un contentieux subjectif plus sélectif mais plus efficace », *op. cit.*, p. 25000.

²⁶⁷ (265) S. Daël et A. Courrèges écrivent, « s'il n'en fallait retenir qu'un seul, il faudrait l'élire à toutes voix. En permanence l'action du juge administratif est tendue vers la recherche d'un équilibre entre la défense de la légalité et la préservation de la sécurité juridique. De ces compromis temporaires les décisions CE *AC!* de 2004 et *ATOM* de 2009 sont la tardive mais certes pas l'ultime expression: car c'est bien d'une synthèse en mouvement qu'il s'agit et cela irrémédiablement et heureusement », *Contentieux administratif*, 4e éd., 2013, PUF, coll. « Thémis », p. 381.

²⁶⁸ J. Arrighi De Casnova, « Les habits neufs... » *op. cit.*, p. 19.

manifestement disproportionné au regard des effets rétroactifs de l'annulation et ce qui ne l'est pas²⁶⁹; c'est toute la problématique de la mise en œuvre d'un bilan de proportionnalité au stade de l'appréciation des effets de la décision d'annulation. Ainsi, « il ne suffit plus au demandeur de démontrer l'excès de pouvoir, il lui faut aussi prendre en compte les différentes possibilités de "régularisation" et de modulation qui peuvent limiter, voire réduire à néant les effets de l'illégalité »²⁷⁰.

En dix ans d'exercice, la jurisprudence *AC!* a rempli ses objectifs. Le juge n'a toutefois pas encore abandonné le caractère exceptionnel du raisonnement motivant la modulation en lui conservant la rigueur initiale qui anime chaque utilisation. Le Conseil d'État a néanmoins été fréquemment conduit à justifier le recours à l'exception dont on peut se demander si elle ne pourrait pas devenir la règle ? Telle est la question à laquelle il faudra répondre... en 2024.

²⁶⁹ De l'avis de J.-C. Bonichot, « la question de savoir ce qu'il faut faire lorsqu'un acte est illégal et qu'on en demande la suppression peut, contrairement à ce qu'on pourrait penser, s'accommoder de différentes réponses. Elles sont fonction de l'époque, du système juridique en vigueur, des attentes des justiciables, des mœurs et des besoins de l'État », in « L'arrêt *AC!* : évolution ou révolution ? », *AJDA* 2004. 1054.

²⁷⁰ P.-L. Frier, *op. cit.*, p. 32.