

**LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ
SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE¹**

(JUN 2015)

Bertrand SEILLER²

SOMMAIRE

1. INTRODUCTION

2. LES EFFETS SUR L'ACTE DECLARE ILLEGAL

2.1 La non-disparition de l'acte

2.1.1 La disparition n'est pas demandée

2.1.2. La disparition ne peut être demandée

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE

3.1 L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité

3.2 L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité

4. LES EFFETS SUR LE DROIT DÉSORMAIS APPLICABLE

5. LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE DROIT ABROGÉ

5.1 Le principe

5.2 La portée du principe: l'applicabilité du droit non abrogé

5.3. Les exceptions

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, juillet - août 2014, p. 721 - 734.

² Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

6. LE DROIT APPLICABLE EST DÉTERMINÉ PAR L'ADMINISTRATION

1. INTRODUCTION

Observer les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique, c'est d'abord rechercher les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui en est l'objet. Vaut-elle annulation et le fait-elle disparaître de l'ordonnancement juridique rétroactivement? Ou ses particularismes structurels dictent-ils des conséquences spécifiques?

« Ce problème, en vérité le plus aigu, n'a été soulevé que récemment »³ et a connu un rebondissement à l'occasion d'une affaire jugée par la Section du contentieux au printemps dernier⁴

Bien que l'arrêt ne porte que sur le problème particulier de la portée éventuellement rétroactive de l'acte par lequel l'administration réagit à la déclaration d'illégalité, cette affaire invite à réexaminer globalement la question de l'incidence de cette dernière sur l'acte administratif concerné.

Un débat ancien divise la doctrine quant à l'assimilation de la déclaration d'illégalité à une annulation.

³ G. PEISER, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'exception d'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, Mélanges Auby, p. 277.

⁴ CE, sect., 28 avr. 2014, n° 357090, Mme Anschling et autres, à publier au Lebon; AJDA 2014. 886; ibid. 1264, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; RFDA 2014. 512, concl. M.-A. de Barmon.

Puisqu'est en cause une éventuelle similitude entre les incidences sur l'acte administratif concerné de ces deux appréciations juridictionnelles, il importe de comparer préalablement leur effets.

Dans les deux cas, le juge procède manifestement à un constat de l'illégalité de l'acte litigieux. Cette illégalité est, hors le cas marginal de la théorie de l'illégalité par suite d'un changement de circonstances, constatée *ab initio*. Elle est rétroactivement établie. Mais cette rétroactivité ne suffit pas à établir l'identité entre l'annulation et la déclaration d'illégalité. «Le caractère rétroactif des effets d'une déclaration d'invalidité n'a pas pour conséquence de l'assimiler à une annulation; simplement, le juge national est autorisé à donner un effet rétroactif à l'inopposabilité de l'acte qui devient inapplicable rétroactivement à la situation juridique qui fait l'objet du litige»⁵.

En effet, du constat initial de l'illégalité, diverses décisions juridictionnelles peuvent découler, selon le type de recours et la demande soumise au juge. Ce dernier «en un premier temps et face à une illégalité se borne à la constater. Il peut ensuite refuser de l'appliquer au cas d'espèce, enfin le faire disparaître de l'ordonnement juridique ou, parfois, en réparer les conséquences»⁶.

Selon la présentation classique, dans le cas d'une déclaration d'illégalité, «c'est une appréciation qui est formulée, ce n'est pas une annulation qui est prononcée»⁷.

⁵ R. KOVAR, «*Cour de Justice, Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, effet des arrêts préjudiciels de la Cour de justice* », J.-Cl. Europe, 1995, Fasc. 362.

⁶ H. LABAYLE, «*La Cour de justice des communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité* », RTD eur. 1982. 484.

⁷ BOURDON, rapp. sur Crim., 4 déc. 1930, Abbé Gautrand, D. 1931. 33.

« Statuer sur l'exception d'illégalité constitue assurément un acte juridictionnel puisqu'il y a contestation sur la légalité d'un acte. Or, si l'acte est illégal, la constatation de l'illégalité et de la non-valeur de l'acte est formulée simplement en vue d'établir que l'acte ne doit pas recevoir d'application dans l'affaire en cause. Il ne s'agit pas de prononcer son annulation... On est en présence d'un acte juridictionnel sans décision et qui ne comporte qu'une constatation»⁸.

Si les différences procédurales opposant annulation et déclaration d'illégalité peuvent influencer sur la portée de ces deux décisions quant au sort de l'acte, il est nécessaire de le démontrer.

D'autant plus qu'existent d'autres convergences entre elles.

Une illégalité constatée par un juge ne peut, quelle que soit sa forme, rester sans lendemain: l'administration est tenue désormais de ne plus appliquer l'acte qui en est entaché.

Certes, il est possible de rattacher cette obligation à des fondements distincts. À la suite de son annulation par le juge administratif, l'acte ne doit plus être mis en oeuvre, pour assurer le respect de l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à cette condamnation. C'est, plus largement, le principe selon lequel l'administration doit s'abstenir d'appliquer un règlement illégal qui paralyse les effets de l'acte déclaré illégal. Le principe a été posé par un fameux arrêt Ponard: « il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal »⁹ et son respect est constant¹⁰.

⁸ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 83.

⁹ CE, sect., 14 déc. 1958, p. 554.

¹⁰ V. pour une application antérieure, CE, 1er févr. 1851, Richard de Vesvrottes, Lebon p. 81 et pour des applications postérieures, CE, 8 janv. 1960, Laiterie Saint Cyprien, Lebon p. 10; CAA Lyon, 13 mars 1990, n° 89LY01084, Commune de La Ciotat, Lebon p. 421.

Deux précisions sont à apporter.

D'une part, le respect dû aux droits acquis limite le champ d'application du principe aux actes réglementaires, seuls à ne pas créer de tels droits aux yeux du juge administratif. L'administration ne peut donc refuser de donner ses pleins effets à un acte individuel définitif en arguant de son illégalité. Cette exception d'illégalité sera irrecevable¹¹.

D'autre part, l'administration peut, à ses risques et périls, persister dans l'utilisation de l'acte déclaré illégal. Dès lors qu'un recours n'est pas exercé, ses décisions s'appliqueront et devront être respectées. « Cette situation [est] absurde pour tout esprit juridique cohérent et rationnel. On ne peut, sans heurter le bon sens pratique, reconnaître à un juge la capacité de censurer, par voie d'exception certes, un règlement qu'il estime manifestement illégal, et permettre à ce dernier de produire des effets, censurés ou non, à la faveur de recours juridictionnels hypothétiques »¹².

Cette restriction des effets du principe de non-application des règlements illégaux a, toutefois, son pendant en cas d'annulation. L'application d'un acte annulé par le juge, si elle constitue une illégalité, ne rend pas la décision de l'administration inexistante. De ce fait, en l'absence de recours exercé dans les délais, l'acte d'application doit être respecté. Cela constitue une évidente atteinte au principe de disparition de l'acte annulé.

Il est, en théorie, réputé n'être jamais intervenu, mais peut donner lieu à des applications devenant incontestables par le seul écoulement des délais de recours. Cette conséquence aberrante est malheureusement inévitable: considérer comme inexistantes les actes pris en application d'une acte annulé et disparu rétroactivement conduirait à remettre en cause tant les actes postérieurs que les actes antérieurs à l'annulation. Or il est délicat de

¹¹ V. par ex., CE, 20 mai 1949, Mélamède, Lebon p. 735.

¹² D. BOUTET, «*Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité* », RD publ. 1990. 1735.

qualifier ainsi des décisions prises sur le fondement d'un acte qui, à l'époque, était tenu pour légal.

Des similitudes unissent donc l'annulation et la déclaration d'illégalité. L'une comme l'autre procèdent du constat de l'illégalité d'un acte et ont pour conséquence l'interdiction de l'appliquer.

Cependant, les fondements de cette interdiction diffèrent.

En cas d'annulation, elle est imposée par la disparition rétroactive de l'acte: ce dernier est réputé n'être jamais intervenu.

Il ne saurait dorénavant être appliqué sans heurter l'autorité de la chose jugée. Plus grave encore, sa disparition *ab initio* replace automatiquement l'administration, le juge et les particuliers, dans la situation juridique qui existait avant son édicton. « Par son essence, l'annulation est tournée vers le passé. Elle rétablit l'état du droit qui existait l'instant précédent celui où l'acte annulé a été pris (...). On peut donc dire que l'annulation a un effet simplement déclaratif ou reconnaissant, puisqu'elle vise essentiellement à déclarer maintenu ce qui était avant la confection de l'acte annulé»¹³.

Tel est bien le sens de la jurisprudence. L'annulation d'un acte en abrogeant un autre permet à ce dernier de s'appliquer à nouveau¹⁴. Le résultat est, en fait, similaire à celui d'un retrait.

Une déclaration d'illégalité d'un acte administratif produit-elle les mêmes effets?

¹³ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952.

¹⁴ CE, 13 oct. 1976, n° 00803, Fédération autonome de l'aviation civile, Lebon p. 405; CE, 15 févr. 1980, n° 08596, Association pour la protection du site du vieux Pornichet, Lebon p. 84; JCP 1980, II, 19375, concl. B. Genevois; AJDA 1980. 291, chron. Robineau et Feffer.

La question n'est pas inopportune. Certes, seule importe à la partie qui invoque ce moyen la mise à l'écart de l'acte dans un litige qui ne porte pas, au principal, sur son existence. Il semble inutile de donner à la déclaration d'illégalité l'incidence d'une annulation. Cela ne résout pas pour autant la difficulté. «Comme la jurisprudence a consacré l'obligation de ne faire application que d'un texte légal à l'encontre de l'administration, cette dernière se verra ainsi privée de la possibilité d'appliquer toute règle de droit jusqu'à l'édiction d'une norme nouvelle légalement prise»¹⁵.

Que faire alors?

La détermination des effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte en cause est inévitable: l'administration devant disposer d'un texte mais privée du plus récent, doit-elle considérer que la déclaration d'illégalité, comme l'annulation, fait revivre le droit antérieur?

«Considérer que l'acte invalidé demeure ou bien disparaît de l'ordonnement juridique (comme un acte annulé) s'avère déterminant notamment dans l'hypothèse où l'acte invalidé aurait été abrogatif de dispositions antérieures, susceptibles de renaître dans la seconde hypothèse»¹⁶.

Cette première interrogation quant aux effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte est la plus immédiate. Elle n'est pas unique.

«Il est certes incontesté que la déclaration d'illégalité, de la même manière que l'annulation, rend un règlement inapplicable, inopposable et invocable. Il est plus incertain de savoir quelle légalité alors revit, à la fois d'ailleurs pour déterminer la légalité des actes

¹⁵ D. BOUTET, art. préc.

¹⁶ H. LABAYLE, art. préc.

pris sous l'empire de la réglementation invalidée et pour encadrer les actes futurs dans l'attente d'une nouvelle et hypothétique réglementation»¹⁷.

Ce n'est donc pas seulement pour le futur qu'il convient de s'intéresser au sort de l'acte déclaré illégal. Sa disparition ou son maintien en vigueur décide du sort du litige au cours duquel l'exception est apparue. « Si le juge, par voie d'exception, déclare le règlement illégal et ne l'applique pas en l'espèce, quel texte doit-il appliquer? »¹⁸.

La déclaration d'illégalité, en écartant du débat un acte, autorise-t-elle le juge à se tourner vers le droit antérieur et à examiner la conformité de l'acte qui lui est soumis au principal au regard de ce droit ressuscité? En d'autres termes, la déclaration d'illégalité fait-elle disparaître l'acte au profit de son prédécesseur?

La question est d'importance. Elle décide du sort du litige.

Soit la déclaration d'illégalité suffit et permet l'annulation de l'acte d'application ou consubstantiel, soit elle est considérée comme déplaçant le débat en direction du droit précédent. Le juge peut alors annuler l'acte attaqué pour contrariété à ce « nouveau » corpus juridique ou, au contraire, rejeter le recours en opérant une substitution de base légale.

Tels sont les enjeux du sort de l'acte déclaré illégal et plus généralement, des effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique. La déclaration d'illégalité, comme l'annulation, permet-elle d'apprécier le litige au regard du droit antérieur et oblige-t-elle l'administration à n'appliquer désormais que celui-ci? Ou borne-t-elle ses effets à une mise à l'écart occasionnelle de l'acte, complétée, en vertu de la jurisprudence Ponard, par une interdiction d'application future? Et en ce cas, quelles sont les possibilités qui s'ouvrent

¹⁷ B. PACTEAU, note sous CE, sect. 8 juin 1990, n° 93191, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar), LPA 9 janv. 1991, p. 17.

¹⁸ G. PEISER, art. préc.

à l'administration pour traiter les situations ultérieures, voire, comme dans l'affaire Anschling, les situations antérieures?

Pour tenter de répondre simplement à cette dernière question, il convient d'étudier d'abord les deux précédentes. Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte, qui déterminent largement ses effets sur le droit désormais applicable, appellent un examen préalable.

2. LES EFFETS SUR L'ACTE DÉCLARÉ ILLÉGAL

Malgré les similitudes précédemment décrites qui les unissent, la déclaration d'illégalité et l'annulation ne sauraient être assimilées. Portant une même appréciation rétroactive sur la légalité de l'acte et impliquant qu'il ne soit pas appliqué, elles ne produisent pas, à son égard, les mêmes effets. L'acte déclaré illégal n'est pas annulé. Il ne disparaît pas mais est seulement inapplicable en l'espèce.

2.1 La non-disparition de l'acte

Il importe désormais de considérer, non plus ce qui unit, mais ce qui distingue la déclaration d'illégalité de l'annulation. Des obstacles insurmontables interdisent de donner à la première le principal effet de la seconde, c'est-à-dire la disparition de l'acte.

Faire disparaître l'acte déclaré illégal serait outrepasser ce qui est demandé au juge, et, plus encore, ce qui peut lui être demandé.

2.1.1 La disparition n'est pas demandée

Qu'elle soit invoquée par le demandeur à l'appui de son recours ou par le défendeur pour en obtenir le rejet, l'exception d'illégalité est toujours un débat incident à l'action.

Seule importe l'issue de cette dernière. Ainsi, en cas de recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux objectif, une disparition est bien recherchée mais seulement celle de l'acte visé au principal. Pareillement, en cas de recours de plein contentieux en responsabilité, si une annulation est poursuivie, il s'agit seulement de celle de la décision de

refus d'indemniser le préjudice né de l'illégalité de l'acte dont il est excipé. Cette annulation justifie le prononcé de dommages-intérêts.

En toute hypothèse, l'exception d'illégalité ne constitue qu'un moyen parmi d'autres à l'appui du recours. Son objet n'est pas de conduire à l'annulation de l'acte en cause mais d'influer, positivement ou négativement, sur le sort de l'action. Dès lors, il suffit au plaideur que l'éventuelle déclaration d'illégalité borne ses effets à cela. Son annulation lui est indifférente au regard de l'espèce.

Cependant, il peut être tentant pour lui de profiter du recours exercé pour obtenir la suppression de l'acte source du litige. Non content d'un simple succès sur l'action, il peut souhaiter voir tirer pleinement les conséquences du raisonnement et donc de la déclaration d'illégalité qui en constitue une étape. En un mot, le recours principal pourrait être, à ses yeux, l'occasion de « faire d'une pierre deux coups ».

Il n'est guère surprenant de constater la rareté de telles conclusions. Soulevée devant le juge administratif, l'exception d'illégalité n'est jamais assortie de conclusions tendant à obtenir la disparition de l'acte. La tentation est, en revanche, plus grande lorsque, invoquée devant un juge judiciaire incompétent pour en connaître, l'exception est soumise, après sursis à statuer de sa part, au juge administratif. Le recours en appréciation de validité qui le saisit est formé par la partie intéressée. Quoi de plus naturel pour elle que de compléter la question renvoyée par le juge judiciaire par de discrètes conclusions tendant à l'annulation de l'acte en cause?

Elles seront, néanmoins, invariablement rejetées¹⁹. Le raisonnement est simple: pas plus qu'il n'appartient au requérant de modifier le sens de la question renvoyée par le juge

¹⁹ CE, 8 juill.1925, Gourdan, Lebon p. 655. V. égal., CE, ass., 21 oct. 1994, n° 153458, *Société Tapis Saint-Maclou*, Lebon p. 451, concl. J.-C. Bonichot; AJDA 1994. 918; ibid. 874, chron. L. TOUVET ET J.-H STAHL; Dr. soc. 1995. 139, concl. J.-C. Bonichot; RFDA 1995. 689, concl. J.-C. Bonichot.

de l'action et qui seule constitue, au regard du litige dont il est saisi, une question nécessaire et posant une difficulté réelle et sérieuse, pas plus il n'appartient au juge de l'exception de s'écarter de cette question²⁰. Celle-ci détermine strictement le champ de sa compétence.

Elle constitue la demande portée devant lui. S'en écartant, il prononcerait une décision non demandée par le juge du fond. Il statuerait *ultra petita*, ce qui lui est interdit. «Les dispositions (...) étant déclarées illégales dans un litige donné, elles ne sont pas, pour autant, annulées, le juge administratif ne disposant pas du pouvoir d'annuler un acte administratif lorsqu'il est saisi du problème de sa légalité au moyen d'un recours en appréciation de légalité»²¹. Par son objet même, l'exception ne saurait produire les effets de l'action.

Il existe une hypothèse très particulière qui n'est pas une limite au principe présenté. Le juge de l'action, s'il est juge de l'exception et s'il a, en outre, compétence pour statuer sur les recours directs exercés contre l'acte visé par l'exception, peut fort bien, lorsque les délais ne sont pas expirés et que la requête est recevable, réinterpréter l'exception comme tendant, en fait, à l'annulation dudit acte. Semblable raisonnement ne serait pas considéré comme excédant sa compétence. Il statue alors, en effet, en tant que juge de l'excès de pouvoir et l'annulation qu'il prononce n'intervient pas en conséquence d'une déclaration d'illégalité.

En réalité, si le juge ne saurait faire disparaître l'acte, ce n'est pas seulement parce que cela ne lui est pas demandé, mais encore parce que cela ne peut lui être demandé.

2.1.2. La disparition ne peut être demandée

²⁰ CE, 20 janv. 1965, n° 57708, *Courvoisier et Commune de Mesmay*, Lebon p. 39.

²¹ J.-F. LACHAUME, «*La prohibition, par un principe général du droit, des sanctions pécuniaires dans le secteur public*», note sous CE, sect. CE, 1er juill. 1988, n° 66405, *Billard et Volle c/ SNCF*, Dr. soc 1989. 512.

Les règles qui gouvernent les recours tendant à l'annulation des actes administratifs, qu'il s'agisse du recours pour excès de pouvoir ou du recours de plein contentieux objectif, sont strictes. Elles témoignent de la nécessité d'encadrer les possibilités de contestation de ces actes en vue d'assurer «l'équilibre délicat mais nécessaire entre le strict respect des délais de recours contentieux indispensable à la stabilité des rapports juridiques et le souci de ne pas voir se perpétuer, au détriment du justiciable, des illégalités »²².

Assimiler la déclaration d'illégalité à l'annulation, en ce qu'elle ferait disparaître l'acte illégal, permettrait de contourner ces règles et compromettrait gravement cet équilibre. En bref, « cette assimilation est pratiquement dangereuse »²³. Elle est, dès lors, exclue.

L'incompétence probable du juge de l'exception pour annuler l'acte

L'annulation d'un acte administratif ne peut être prononcée par n'importe quel juge. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987²⁴ attribue cette compétence aux juridictions administratives, avec rang de principe constitutionnel. Elles seules peuvent prononcer « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

²² Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, chron. sous CE, ass., 18 janv. 1980, n° 14397, Bargain, AJDA 1980. 91.

²³ D. BOUTET, art préc.

²⁴ Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, Rec. Cons. const. p. 8; RFDA 1990. 698, étude G. Vedel ; ibid. 1987. 287, note Genevois et 301, note Favoreu; AJDA 1987. 345, note J. Chevallier; D. 1988. 117, note Luchaire; Rev. adm. 1987. 139, note Villiers; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet; GAJA, 19e éd. 2013, p. 634.

Que s'applique le principe constitutionnel ou que joue la dérogation qui lui est aménagée par cette même décision, un seul et unique juge est compétent pour statuer sur des recours tendant à l'annulation d'un acte administratif.

Or, en vertu du principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception, un juge, saisi d'une contestation au cours de laquelle apparaît une exception d'illégalité d'un acte administratif, est compétent pour apprécier lui-même cette question. Dans l'immense majorité des cas, il n'aurait pas eu compétence pour statuer sur le recours en annulation contre l'acte.

Reconnaître à la déclaration d'illégalité le même effet qu'une annulation quant à l'existence de l'acte autoriserait donc le juge de l'action à le faire disparaître alors que normalement un autre juge, en principe administratif, est seul compétent pour ce faire.

Les conséquences de l'assimilation étudiée seraient graves lorsque le juge de l'action, juge de l'exception, est une juridiction judiciaire.

Depuis la loi du 22 juillet 1992²⁵, les juges répressifs ont plénitude de compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité apparaissant devant eux. Serait-il acceptable qu'un simple tribunal de police puisse prononcer la disparition d'un acte individuel, voire d'un règlement, qui plus est, lorsqu'il revêt la forme solennelle d'un décret en Conseil des ministres? La loi du 22 juillet 1992 n'aurait sûrement pas été censurée, si le Conseil constitutionnel en avait été saisi, pour la seule raison que la déclaration d'illégalité, ne supprimant pas l'acte en jeu, n'est pas une annulation.

Il convient donc de borner les incidences de la déclaration d'illégalité. «La reconnaissance de l'illégalité d'un règlement par un tribunal judiciaire a pour effet de permettre à ce tribunal de ne pas tenir compte de ce règlement dans le procès où il est invoqué.

²⁵ Art. 111-5 C. pén.

L'autorité judiciaire ne peut pas statuer sur le règlement lui-même et en prononcer l'annulation»²⁶.

La solution contraire serait également critiquable au sein de l'ordre administratif puisqu'elle permettrait une violation des règles de répartition matérielle ou géographique des compétences. Ainsi, un tribunal administratif pourrait, en le déclarant illégal, faire disparaître un décret dont l'annulation relève du Conseil d'État. Réciproquement, ce dernier pourrait provoquer la suppression d'un acte dont le contentieux est dévolu au juge du premier degré.

Même si ces empiétements ne seraient pas néfastes, tant est homogène la conception de la légalité au sein de l'ordre administratif, ils n'en videraient pas moins de tout leur sens les règles qui, précisément, répartissent les compétences en matière de recours. La disparition de l'acte administratif ne peut pas être demandée puisque le juge de l'action n'est pas, le plus souvent, le juge qui aurait eu connaissance d'un recours direct contre l'acte.

Il se peut, toutefois, qu'il en soit ainsi, dans quelques rares hypothèses. En outre, lorsque, au contraire, le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, la question préjudicielle est alors renvoyée au juge compétent sur recours direct.

Dans ces deux cas, les risques de violation des règles de compétence juridictionnelle n'existent pas. Néanmoins, l'acte déclaré illégal ne peut disparaître. D'une part, cela a été noté, l'annulation n'est jamais demandée. D'autre part, les règles de délai de recours s'opposent, le plus souvent, à ce que l'on s'attaque à l'existence même de l'acte administratif. Au regard de ces règles, la disparition ne peut pas plus être demandée.

L'expiration probable du délai du recours contre l'acte

L'obstacle du délai de recours a été le plus étudié par la doctrine. À ses yeux, il justifie que la déclaration d'illégalité ne puisse être assimilée à une annulation. « Les effets

²⁶ RIVES, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris 1908, p. 121.

de l'expiration des délais propres aux recours directs expliquent, en droit interne français, la différence quant à la portée entre le mécanisme de l'exception d'illégalité et le recours pour excès de pouvoir »²⁷.

Le raisonnement est simple. L'exception d'illégalité des règlements, étant perpétuelle, est recevable longtemps après que le recours pour excès de pouvoir ne l'est plus. Reconnaître à la déclaration le même effet sur l'acte qu'une annulation rendrait inutiles les règles de délai de recours. Elle atteindrait à sa base le fragile édifice conçu pour assurer le respect du droit d'ester en justice sans compromettre la nécessaire sécurité juridique.

«Si l'on admettait que l'exception d'illégalité, qui peut être invoquée à tout moment, ait en pratique les mêmes conséquences qu'une annulation contentieuse, on ruinerait la règle des délais de recours »²⁸. Comme le notait avec humour un commissaire du gouvernement, « cet argument est frappant, car il est toujours désagréable à l'honnête artisan de voir renverser sa boîte à outils »²⁹.

Dès 1908 et l'arrêt Poulin, considéré comme le premier arrêt de principe sur le mécanisme de l'exception d'illégalité, la solution paraissait acquise³⁰, même si, moins d'une

²⁷ J.-Y. PLOUVIN, note sous CE, sect., 9 mai 1980, n° 14512, *Office national interprofessionnel des céréales*, AJDA 1980. 535.

²⁸ D. BOUTET, art. préc.

²⁹ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, RFDA 1991. 149.

³⁰ CE, 29 mai 1908, n° 25488, Poulin, Lebon p. 581; DP 1910.3.17.

semaine après, le Conseil d'État lui-même considérait que l'exception d'illégalité conduit à l'annulation de l'acte³¹.

Le respect des délais de recours devait néanmoins rapidement prévaloir, comme en témoigne la jurisprudence immédiatement postérieure³². L'arrêt *Riverain et Henry* marqua donc la brève tentation du juge de l'excès de pouvoir d'assimiler la déclaration d'illégalité à une annulation. Elle habita toutefois également le juge du plein contentieux. L'arrêt *Blanc, Argaing et Bézie* du 31 mars 1911³³ admet en effet que la possibilité de demander au juge de la responsabilité la réparation du préjudice né d'une illégalité conduit à l'annulation de l'acte. La solution fut, elle aussi, rapidement abandonnée par des arrêts reconnaissant la recevabilité de l'action en responsabilité pour illégalité d'un acte non attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir et, surtout, se bornant à en déclarer l'illégalité sans plus l'annuler³⁴.

Un éminent auteur a pourtant exposé que tout risque de bouleversement des principes élémentaires du contentieux est écarté grâce au maintien d'une autorité relative de la déclaration d'illégalité. «Tel n'est pas le cas si du moins la règle demeure que l'annulation pour excès de pouvoir produit effet erga omnes, alors que la décision constatant l'illégalité d'un texte par la voie de l'exception n'a, en principe, que l'autorité relative de la chose jugée et ne vaut que pour les parties au litige»³⁵.

³¹ CE, 3 juin 1908, *Riverain et Henry*, DP 1910.3.17.

³² V., CE, 6 août 1910, n° 24640, *Compagnie des Tramways de Paris et du département de la Seine*, Lebon p. 710.

³³ V., CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, S 1912.III.129, note Hauriou.

³⁴ V. notamment, CE 10 mai 1912, *Brindejoint*, Lebon p. 550; CE, sect., 9 août 1928, *Bacon*, Lebon p. 1035.

³⁵ B. GENEVOIS, note préc.

Effectivement, le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée en matière de déclaration d'illégalité peut rassurer, dans la mesure où la disparition de l'acte n'aura pas les effets exacts de l'annulation. Il n'en reste pas moins un doute quant à la possibilité de concevoir la disparition d'un acte administratif à l'égard d'un seul litige. N'est-il pas de la nature même de la disparition d'avoir une portée erga omnes? Peut-on concevoir, au regard du principe d'égalité, qu'un droit soit applicable à l'un et qu'un autre le soit à tous les tiers? Une telle conception paraît difficilement défendable. Si la déclaration d'illégalité n'est dotée que d'une autorité relative, cela n'autorise pas à l'identifier à l'annulation de l'acte mais, bien au contraire, cela constitue un obstacle à une telle identification. En outre, dès lors que la déclaration vaut disparition, les règles de délai sont automatiquement tournées, qu'il y ait ou non autorité relative.

La conclusion s'impose donc. Tant les règles de compétence juridictionnelle que les exigences de recevabilité temporelle interdisent de donner à la déclaration d'illégalité d'un acte l'effet d'une annulation.

Au-delà des obstacles juridiques, qui suffisent à emporter conviction, diverses considérations font douter de l'opportunité d'une solution contraire.

En premier lieu, l'annulation d'un acte n'est pas nécessairement satisfaisante en ce qu'elle provoque la résurrection de celui qu'il avait remplacé. D'une part, le droit antérieur avait été abrogé en raison de son inadaptation. D'autre part, il n'est pas toujours souhaitable qu'il reprenne sa place dans l'ordonnement juridique longtemps après son abrogation. « Les vieux textes, pour être légaux, ne sont pas forcément opportuns. Si on les a abrogés, même par des textes illégaux, c'est souvent pour de bonnes raisons »³⁶.

L'instabilité juridique peut également être source de confusions. « Ne risque-t-on pas, de proche en proche, de remonter le temps en ressuscitant des dispositions parfois très

³⁶ H. TOUTÉE, concl. préc.

anciennes que tous les observateurs s'accordaient à considérer comme définitivement abrogées? »³⁷.

La déclaration d'illégalité encourrait les mêmes reproches si elle devait provoquer la disparition de l'acte. Pire encore, parce qu'elle permettrait une succession de disparitions par le biais de déclarations d'illégalité enchaînées, l'exception d'illégalité serait plus néfaste que l'annulation. Pour cette dernière en effet, la remontée s'arrête au texte immédiatement antérieur.

En second lieu, l'annulation, parce qu'elle fait comme si ce qui a été n'avait pas été, procède d'une fiction. Elle débouche alors sur des situations inextricables et échoue parfois devant le fait irréductible que ce qui a été ne peut disparaître rétroactivement.

Le professeur Weil a finement analysé les conséquences de l'annulation d'un acte et décrit les limites de la fiction juridique en la matière. « Le droit a dû tenir compte du fait: l'acte annulé ne peut pas toujours être réduit à néant comme l'exigerait le principe de la rétroactivité de l'annulation (...). L'annulation ne peut pas faire que cette exécution n'ait pas eu lieu. L'acte annulé est intervenu effectivement, il a bel et bien existé jusqu'à son annulation: cette vérité de fait l'emporte chaque jour davantage sur la vérité de droit selon laquelle un acte nul ne peut produire aucun effet »³⁸.

Les célèbres conclusions du président Odent sur l'arrêt Véron-Réville l'avaient antérieurement exposé. « La règle d'après laquelle un acte annulé est censé n'avoir jamais existé présente ce caractère contradictoire d'être à la fois une nécessité et une fiction. C'est un idéal nécessaire pour tracer à l'administration et au juge leurs directives. Mais c'est une pure fiction, car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé

³⁷ B. GENEVOIS, note préc.

³⁸ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 8.

ait existé et d'effacer les inévitables effets qu'ont produits des actes annulés pendant toute la durée précédent leur annulation»³⁹.

Le constat d'échec est alors nécessaire. «Tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans l'avenir de manière à créer une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir»⁴⁰. Ce que l'annulation ne peut malgré sa puissance, comment la modeste exception d'illégalité le pourrait-elle? Comment faire que le constat incident de l'illégalité initiale ou acquise d'un acte puisse résoudre l'ambiguïté fondamentale de l'annulation?

Des obstacles juridiques s'opposent à une solution qui, au surplus, serait source de difficultés infinies. La déclaration d'illégalité, si elle ne fait pas disparaître l'acte, a néanmoins pour conséquence sa non-application au litige.

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE

Ne faisant pas disparaître l'acte mais devant avoir une incidence sur l'issue du litige si elle est opérante, l'exception d'illégalité, en cas de succès, a nécessairement un effet sur l'acte. À défaut de sa disparition, cela ne peut être que sa non-application.

Seule celle-ci est visée par la partie qui soulève l'exception d'illégalité. Dès lors, l'unique effet de la déclaration d'illégalité est la mise à l'écart de l'acte en l'espèce.

3.1 L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité

³⁹ R. ODENT, concl. sur CE, 27 mai 1949, n° 93122, *Véron-Réville*, Gaz. Pal. 1949, 2, p. 34.

⁴⁰ P. WEIL, op. cit., p. 136.

Il n'est pas difficile de montrer que l'exception d'illégalité ne vise jamais qu'à écarter l'application de l'acte du litige. Il en est ainsi qu'elle soit soulevée par le demandeur ou par le défendeur.

L'exception d'illégalité est, le plus souvent, soulevée par l'attaquant. Le moyen lui est utile en ce que, s'il est fondé, il assurera le succès de son action. Toutefois, le type d'incidence de la déclaration d'illégalité sur le fond dépend du lien unissant l'acte visé à celui dont l'annulation est poursuivie.

Ce lien, caractérisant l'opérance de l'exception, peut être un lien d'application ou un lien de consubstantialité.

Le lien d'application constitue l'hypothèse la plus simple.

L'acte attaqué au principal est un acte d'application de celui dont l'illégalité est excipée. Le moyen vise alors uniquement à obtenir l'annulation de la décision d'application en raison de l'illégalité de l'acte qu'elle met en oeuvre. L'illégalité de ce dernier n'a pu que contaminer la première et seul importe au requérant le constat qu'il n'aurait pas dû être respecté. Comme, précisément, il l'a été, l'acte d'application encourt l'annulation. La déclaration d'illégalité n'est donc qu'un moyen de droit au soutien d'un objectif unique, l'annulation de l'acte attaqué.

Un lien de consubstantialité peut également unir l'acte attaqué au principal et l'acte critiqué incidemment. La liaison est alors plus étroite, plus intime. La légalité du premier dépend de celle du second parce qu'il s'approprie son contenu. Il en est ainsi lorsqu'il en prononce le retrait, l'abrogation, ou lorsqu'il l'approuve, l'homologue. Malgré l'originalité des rapports entre les actes en présence, les effets désirés de l'exception d'illégalité sont identiques à ceux décrits en cas de lien d'application.

Soulevée par le requérant à l'appui de la contestation d'un refus de retrait ou d'abroger, qui témoignent de la volonté de l'administration de persévérer dans l'application de l'acte, l'exception d'illégalité ne vise qu'à faire constater qu'en raison de son illégalité l'acte ne devait plus être appliqué et, en conséquence, qu'à fonder l'annulation du refus de

retrait ou d'abrogation. Il en va de même lorsque l'exception d'illégalité est invoquée à l'appui du recours contre une approbation ou une homologation.

L'exception peut enfin être invoquée dans le cadre d'un recours de plein contentieux, pour faire valoir la faute commise par l'édiction ou l'application d'une norme illégale. Est alors en jeu le seul constat que cette norme n'aurait pas dû être appliquée.

L'administration ayant, par hypothèse, mis en oeuvre l'acte illégal, la déclaration de son inapplicabilité est le seul moyen d'engager la responsabilité de la puissance publique.

La situation est identique en cas d'exception soulevée par le défendeur. Devant un juge répressif, la personne poursuivie en use pour démontrer qu'elle n'a pas commis d'infraction en ne respectant pas un acte administratif illégal. Devant le juge administratif, l'administration, qui est, le plus souvent, en position de défendeur, peut parfois être contrainte d'exciper de l'illégalité d'un acte. Tel est le cas lorsque le requérant en réclame l'application. La puissance publique, pour justifier son refus, est alors conduite à démontrer qu'en raison de son illégalité, l'acte en question ne pouvait être appliqué. Ici encore, seul importe à la partie qui invoque l'exception le constat de son inapplicabilité. Cela vaut quel que soit le lien l'unissant à celui attaqué au principal.

Si les deux actes sont unis par un lien d'application, le fait pour l'administration de contester incidemment la légalité de l'un signifie qu'elle en a refusé l'application à un particulier qui la désirait. Elle tente de se justifier en démontrant que son refus est légal, en raison précisément, de l'illégalité de cet acte. La déclaration d'illégalité est alors pour elle le seul moyen de faire consacrer qu'elle ne devait pas, en l'espèce, appliquer l'acte. De l'hypothèse du refus d'application de l'acte illégal, il convient de rapprocher celle de l'édiction d'une décision qui lui est contraire.

Dans l'un et l'autre cas, le rejet du recours résulte de la déclaration d'illégalité.

La même volonté de faire constater l'impossibilité, pour elle, d'appliquer l'acte motive l'administration à invoquer son illégalité lorsqu'il est uni à celui dont l'annulation est poursuivie par un lien de consubstantialité. Ainsi, la contestation du retrait ou de l'abrogation

d'un acte sera vaine si le juge le déclare illégal. La décision de l'administration de ne plus l'appliquer sera donc légale si, du moins, les conditions du retrait ou de l'abrogation ont été respectées. Le constat est identique en présence d'un refus d'approuver ou d'homologuer un acte.

La puissance publique peut enfin soulever l'exception d'illégalité d'un acte dans le cadre d'un recours en responsabilité exercé contre elle. Il s'agit, là encore, de l'hypothèse dans laquelle il lui est reproché de ne pas l'avoir appliqué et d'avoir, ce faisant, commis une faute, source d'un préjudice. Le seul moyen pour elle d'écarter sa responsabilité est de faire constater qu'elle devait ne pas appliquer l'acte, en raison de son illégalité.

Il ressort de ceci que, quelle que soit la partie qui l'invoque, quel que soit le lien rendant l'exception opérante, l'effet recherché de l'éventuelle déclaration d'illégalité est de justifier l'inapplication de l'acte au litige.

Ce constat doit se limiter à l'espèce soumise au juge puisque, précisément, le recours principal est dirigé contre un acte qui a pris parti sur l'applicabilité. L'unique objet du recours est l'annulation de cet acte, l'unique objet de l'exception d'illégalité est de constater, au regard de ce recours, que l'acte contesté incidemment n'avait pas à être appliqué. Cela commande l'issue du litige et influe logiquement sur l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte.

3.2 L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité

«C'est l'application même du règlement qui a lié le contentieux et c'est le propre de l'exception que de permettre de contester la légalité de cet acte après l'expiration du délai, étant entendu que le succès de l'exception n'a pas d'autre effet que d'écarter l'application du

règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnement juridique»⁴¹. Tel est bien le sens de la jurisprudence mais son fondement, pour aussi simple qu'il soit, mérite quelque précision.

Pour la partie qui l'invoque, le moyen qu'est l'exception d'illégalité n'a qu'un objectif: permettre la reconnaissance de la non-applicabilité de l'acte. Est uniquement recherché, positivement s'il s'agit du requérant, ou négativement s'il s'agit du défendeur, le constat de ce que l'acte n'avait pas à être appliqué, de ce qu'il n'était pas applicable.

Le juge, étant lié par les conclusions des parties puisqu'il ne peut statuer *ultra petita*, ne saurait prononcer une décision qui ne lui est pas demandée, et qui, de surcroît, serait inutile à l'issue du litige.

La même interdiction vaut naturellement quant au constat de l'inapplicabilité de l'acte. Ce constat est souhaité par l'une des parties, mais uniquement pour faire aboutir sa prétention. Pour être efficace et répondre à son attente, l'exception d'illégalité doit se résoudre en un simple constat de l'inapplicabilité de l'acte en l'espèce.

Tel est le fondement de la position traditionnelle. Il impose que «le succès de l'exception n'[ait] pas d'autre effet que d'écarter l'application du règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnement juridique»⁴².

Logiquement, l'interdiction de statuer *ultra petita* a une conséquence particulière: autant de fois l'acte sera appliqué, autant de fois il conviendra de faire constater son inapplicabilité. Cela résulte de ce que l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte se limite au constat de son inapplicabilité en l'espèce. N'est donc pas en cause l'autorité de la

⁴¹ A. BACQUET, concl. sur CE, 22 janv. 1982, n° 36128, *Ah Won et Butin*, RD publ. 1982. 822.

⁴² A. BACQUET, concl. préc.

déclaration d'illégalité car savoir si un acte est applicable à un litige et savoir si son illégalité est acquise à l'égard de tous relèvent de deux appréciations autonomes.

Il n'en irait autrement que si la déclaration d'illégalité faisait disparaître l'acte. Ce effet commanderait alors automatiquement l'autorité de la déclaration tant il est impossible de concevoir qu'une disparition ne se produise qu'à l'égard de quelques-uns, l'état du droit ne changeant pas pour les autres.

Comme la déclaration d'illégalité ne provoque pas la disparition de l'acte, mais sa seule inapplicabilité au litige en cours, la question de son autorité n'est pas affectée.

Il ne fait pas de doute que la jurisprudence limite les effets sur l'acte de la déclaration d'illégalité au seul litige pendant et que ses conséquences sont celles que la partie ayant soulevé l'exception voulait lui attribuer: il s'agit soit de l'annulation de l'acte attaqué au principal soit du rejet de ce recours. Cet unique effet sur l'acte satisfait la partie qui a soulevé l'exception d'illégalité. Si c'est le requérant, il obtient l'annulation de l'acte d'application; si c'est l'administration, elle bénéficie du rejet du recours contre une décision contraire à l'acte en cause.

Ce premier résultat est-il cependant suffisant pour épuiser les effets de la déclaration d'illégalité? N'est-il aucune hypothèse où les conséquences mécaniques précédemment décrites sont susceptibles d'échouer, conduisant alors le juge et les parties à se tourner vers un autre acte, applicable quant à lui? Un examen a priori isole plusieurs situations dans lesquelles la tentation d'un dépassement des effets de la déclaration d'illégalité semble justifiée.

Dans le cadre même du litige au cours duquel est prononcée la déclaration, une partie peut souhaiter aller au-delà du constat d'inapplicabilité de l'acte en l'espèce. D'une part, l'administration peut désirer s'opposer à l'annulation de l'acte d'application en lui recherchant un autre fondement. Elle est ainsi encline à opérer une substitution de base légale qui conduirait à rejeter le recours malgré la déclaration d'illégalité. D'autre part, lorsque c'est elle, au contraire, qui a soulevé avec succès l'exception pour se défendre de ne pas avoir appliqué l'acte dans le cadre de la décision attaquée, le requérant peut avoir, par précaution,

invoqué la contrariété de cette même décision à un autre acte. Dans l'un et l'autre cas, le juge est sollicité, après la déclaration d'illégalité et malgré elle, d'examiner le recours au regard d'un autre acte, prétendu applicable au litige.

Par ailleurs, la déclaration d'illégalité pour borner ses effets directs au seul débat contentieux qui l'a générée n'a-t-elle aucune incidence sur l'ordonnement juridique en général? La jurisprudence Ponard, en ce qu'elle affirme qu'«il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif»⁴³ conduit à s'interroger, du moins après la déclaration d'illégalité d'un règlement, sur les possibilités d'action de l'administration. Ne pouvant plus appliquer cet acte, en vertu de la jurisprudence Ponard et non par l'effet de la déclaration, à quel droit peut-elle faire appel pour poursuivre sa mission dans le respect du principe de légalité?

Cette question ne se pose pas que pour le droit applicable à l'avenir. L'affaire *Anschling* tranchée par la Section du contentieux du Conseil d'État le 28 avril 2014⁴⁴ a montré que se posait également la question de la possibilité pour l'administration d'édicter un nouvel acte réglementaire destiné à permettre le paiement des redevances pour service rendu dues par les usagers ayant obtenu la déclaration d'illégalité des délibérations tarifaires antérieures. C'est en l'occurrence l'égalité des usagers devant le coût du service public qui a conduit le juge à admettre que l'administration puisse prendre une nouvelle délibération rétroactive alors même que les délibérations antérieures, simplement déclarées illégales, n'avaient pas été annulées.

Ces différentes hypothèses justifient une étude des effets de la déclaration d'illégalité, non plus seulement sur l'acte en cause, mais, plus largement, sur le droit désormais applicable.

⁴³ CE, sect., 14 nov. 1958, Ponard, Lebon p. 554.

⁴⁴ CE, sect., 28 avr. 2014, *Mme Anschling et autres*, préc.

4. LES EFFETS SUR LE DROIT DÉSORMAIS APPLICABLE

Intuitivement, le droit applicable après la déclaration d'illégalité de l'acte paraît susceptible de provenir de deux sources seulement. En premier lieu, il est envisageable que le droit devant remplacer la norme déclarée illégale soit celui dont elle avait pris la suite, au jour de son entrée en vigueur. En bref, il peut s'agir d'un acte précédent, que l'acte déclaré illégal avait abrogé.

En second lieu, si l'acte déclaré illégal n'avait pas été substitué à un autre qui préexistait, le juge, qui ne peut faire oeuvre d'administrateur ni formuler des arrêts de règlement, doit, selon les hypothèses envisagées plus haut, refuser la substitution de base légale et annuler l'acte d'application, ou rejeter le recours contre le refus d'appliquer le texte illégal. C'est alors à l'administration, confrontée à un vide juridique puisque l'acte déclaré illégal n'est plus applicable, de prendre l'initiative de son remplacement.

Le droit antérieur revit-il du seul fait de la déclaration d'illégalité? Autorise-t-il ainsi soit le rejet du recours contre l'acte d'application attaqué grâce à une substitution de base légale, soit l'annulation du refus d'application du droit illégal comme contraire au droit désormais applicable, soit enfin l'édition, par l'administration⁴⁵, de décisions sur son fondement? Telles sont les interrogations que pose l'analyse des effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable. Il n'est pas étonnant que les effets sur l'acte se prolongent en la matière et ainsi que la déclaration d'illégalité ne fasse pas revivre le droit abrogé. Le droit alors applicable doit être déterminé par l'administration.

5. LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE DROIT ABROGÉ

⁴⁵ Pour l'avenir ou, comme dans l'affaire *Mme Anschling*, pour le passé afin de faire payer par des usagers le coût du service public dont ils ont bénéficié. C'est en cela que se posait dans cette affaire la question de la possibilité pour l'administration d'édicter une nouvelle délibération tarifaire pour fournir une base au paiement en cause.

Le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé est solidement établi en droit français. Il n'est pas remis en cause par l'application, en raison de la déclaration d'illégalité, du droit non abrogé par l'acte illégal mais connaît, toutefois, des exceptions de portée limitée.

5.1 Le principe

La déclaration d'illégalité n'autorise pas, par elle-même, à se tourner vers le droit que l'acte en cause avait abrogé à son entrée en vigueur. Ce principe repose sur un fondement qui le rend incontestable.

Les effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable ne sont que le prolongement logique de ses effets sur l'acte qu'elle vise. C'est donc dans les conséquences de ces derniers qu'il faut trouver le fondement de la non-résurrection du droit abrogé.

L'examen du sort de l'acte déclaré illégal a montré qu'il ne disparaissait pas de l'ordonnement juridique mais qu'il était seulement reconnu inapplicable au litige considéré. La logique juridique s'oppose alors à la résurrection de l'acte antérieur par le seul fait de la déclaration d'illégalité de l'acte abrogatif, parce que, ce dernier n'ayant pas disparu, une coexistence entre les deux normes serait aberrante.

Telle est la « logique imparable »⁴⁶ de l'arrêt *Bargain*, explicitée par le commissaire du gouvernement, M. Bacquet « La disposition (...) que le juge déclare illégale par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnement juridique: son application est seulement paralysée. Le fait qu'elle subsiste nous paraît rendre impossible le retour à l'état de droit

⁴⁶ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149

antérieur, qui a été et qui demeure abrogé. La situation de droit qui résulte de l'exception d'illégalité est donc complètement différente de celle qui découle d'une annulation»⁴⁷.

Faute de supprimer la dernière couche du corpus juridique, la déclaration d'illégalité ne permet pas d'appliquer la pénultième qui reste irrémédiablement masquée. Le juge est comme l'archéologue. Sur le site étudié existent, les unes au dessus des autres, de multiples couches de sédiments riches, peut-être, de vestiges à extraire. Mais les choses sont ainsi faites qu'il ne peut examiner les couches inférieures qu'après avoir sacrifié les couches superficielles. Il lui est impossible de conserver les unes et les autres pour les fouiller simultanément. Là s'arrête l'analogie: à la différence de l'archéologue, le juge n'est pas maître de son choix en matière d'exception d'illégalité. Il ne peut faire coexister deux couches de l'ordonnement juridique mais il ne peut pas non plus choisir celle qu'il va favoriser. La logique de tout système juridique s'oppose en effet à ce que coexistent deux normes contraires – puisque l'une a abrogé l'autre – pour régler un même point de droit. Une autre solution attenterait aux principes d'unité, d'égalité et de sécurité qui fondent le droit.

Le syllogisme est imparable. La déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte de l'ordonnement juridique; dès lors, la coexistence de deux normes contradictoires sur un même point de droit étant impossible, la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre l'acte abrogé et ne permet donc pas de l'appliquer désormais.

Malgré son apparente solidité, le principe a fait l'objet de diverses tentatives de contestation. Elles ne parviennent cependant pas à convaincre et renforcent d'autant, et malgré elles, la solidité du principe.

La première proposition est séduisante tant elle semble simple, presque évidente. Le raisonnement de ses auteurs est le suivant: la déclaration d'illégalité ne borne pas ses effets au contenu positif de l'acte, elle vise aussi son contenu négatif, c'est-à-dire son caractère

⁴⁷ A. BACQUET, concl. sur CE, ass., 18 janv. 1980, *Bargain*, Rev. adm. 1980. 151.

abrogatif du droit antérieur. Dès lors, la conclusion s'impose: reconnaissant l'illégalité de l'abrogation, elle autoriserait nécessairement la résurrection de l'acte disparu. La démonstration en a été vigoureusement faite par M. Genevois. « Lorsqu'il est soutenu que le texte qui est déclaré illégal par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnement juridique et voit seulement ses effets paralysés dans un litige déterminé, cela vise en réalité deux choses. D'une part, les dispositions contenues dans le règlement dont l'illégalité est constatée par le juge ne peuvent recevoir application. D'autre part, le règlement illégal, en tant qu'il a abrogé de précédentes dispositions, ne peut lui non plus recevoir application. Cela conduit alors à ce que la règle antérieure, si elle a été illégalement abrogée, puisse à nouveau produire effet»⁴⁸.

Certes, il est indéniable que la déclaration d'illégalité d'un acte abrogatif vise tant les nouvelles dispositions qu'il contient que leur caractère contraire au droit antérieur et donc, également, l'abrogation qu'il produit. « Si l'on admet que ce règlement ne peut plus avoir d'effet, pourquoi choisir de maintenir l'un desdits effets, et celui-là seul, qui est son effet abrogatif? »⁴⁹.

La démonstration échoue toutefois dans sa seconde étape car il est indifférent, au regard des fondements sus-exposés du principe qu'il s'agit de contourner, que l'effet abrogatif soit illégal. En effet, par cela seul que la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte, elle ne le fait en aucun de ses traits. De ce fait, la déclaration d'illégalité de l'abrogation ne touche pas à l'existence de l'acte lui-même, qui seule empêche la résurrection du droit antérieur. L'acte est inapplicable en l'espèce; son effet abrogatif est également inapplicable mais, l'acte existant toujours, son caractère abrogatif subsiste et s'oppose logiquement à la résurrection du droit antérieur.

⁴⁸ B. GENEVOIS, note sous CE, ass., 29 avr. 1981, n° 12851, *Ordre des architectes*, AJDA 1981. 429.

⁴⁹ H. TOUTEE, concl. préc.

Cette première proposition doctrinale échoue parce qu'elle ne s'attaque pas au coeur du problème qui tient à la non disparition de l'acte déclaré illégal.

Le même reproche est encouru par la seconde construction formulée, le plus souvent conjointement à la précédente, pour tenter de justifier que la déclaration d'illégalité fasse revivre le droit abrogé. Elle suppose une interprétation restrictive de l'interdiction de faire coexister deux règles contraires: «s'il y a bien deux règles qui coexistent, une seule est susceptible de recevoir légalement application »⁵⁰. Il n'y aurait ainsi pas applicabilité simultanée de deux actes contradictoires et le principe ne serait pas en jeu.

La solution a pour autre avantage d'éviter le vide juridique qui résulterait de la combinaison de la déclaration d'illégalité et de la jurisprudence Ponard qui interdit d'appliquer un texte illégal. En effet, la norme antérieure étant à nouveau applicable, en raison inverse de l'inapplicabilité de l'acte déclaré illégal, la construction proposée serait «seule susceptible d'éviter la création de façon artificielle de vides juridiques»⁵¹.

Cette proposition ne paraît pas plus opérante que la précédente dans la mesure où le problème n'est pas de savoir si deux normes contraires peuvent être co-applicables mais bien plutôt de savoir si elles peuvent coexister. C'est l'existence de l'une qui exclut l'existence de l'autre. Telle est la raison d'être du principe qui interdit l'application simultanée de textes contraires. En conséquence, comme la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte au profit du droit antérieur, la démonstration bute sur le constat irréductible qu'un seul acte existe toujours, avant comme après la déclaration d'illégalité et qu'il empêche toute résurrection du droit antérieur, serait-il quant à lui légal.

⁵⁰ B. GENEVOIS, note préc. V. égal., R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Montchrestien, 2008, n° 1231.

⁵¹ Ibid.

L'acte déclaré illégal existant toujours, son effet abrogatif ne disparaît pas plus et son inapplicabilité est indifférente. Rien ne peut faire que le droit abrogé par l'acte déclaré illégal revive par le seul effet de la déclaration d'illégalité. Rien n'empêche toutefois, que s'applique, de ce seul fait, le droit non abrogé.

5.2 La portée du principe: l'applicabilité du droit non abrogé

La déclaration d'illégalité ne peut combler un vide qu'elle n'a pas créé puisque l'acte déclaré illégal n'a pas disparu. Cela n'interdit cependant pas d'appliquer, du fait de la déclaration d'illégalité, les actes éventuellement non abrogés. La proposition peut surprendre, il est vrai. Comment affirmer tour à tour que la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé mais autorise néanmoins l'application d'un autre droit, fût-il non abrogé? La réponse tient évidemment en la différence des situations en cause. Les obstacles décisifs qui empêchent que la déclaration ressuscite par elle-même le droit abrogé ne jouent pas lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit non abrogé. En effet, par définition, point n'est besoin de faire revivre ce dernier qui n'a pas disparu, et donc, point n'est besoin que disparaisse l'acte visé par l'exception d'illégalité.

La jurisprudence offre deux types d'illustrations de l'application d'un texte autre que celui déclaré illégal. Il s'agit toujours d'un texte non abrogé par ce dernier, soit qu'il n'ait pu l'abroger soit qu'il ne l'ait pas abrogé. La première hypothèse semble a priori appartenir à la catégorie visée par le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit précédent. En effet, elle confronte à l'exception d'illégalité d'un acte abrogatif suivie, par le seul effet de la déclaration, de l'application du droit abrogé. La contradiction avec les développements antérieurs n'est pourtant qu'apparente. La déclaration d'illégalité a un tel effet positif parce que l'acte qui en est l'objet, malgré son but abrogatif, n'a pu réussir. Il est ainsi en cas de règlement prétendant abroger une loi: saisis de leur illégalité par voie d'exception, tous les juges admettent que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer

aussitôt la loi qui n'a en réalité jamais disparu. La solution a été consacrée par le Tribunal des conflits⁵², le juge administratif⁵³ ou le juge judiciaire⁵⁴.

Cette jurisprudence peut certes jeter le trouble: « Comment l'analyse juridique peut-elle justifier qu'une déclaration d'illégalité ait des effets variables? Une abrogation est une abrogation. L'illégalité liée à l'abrogation d'une loi n'est pas d'une nature ou d'un degré autre que celle qui résulte de l'abrogation d'un règlement. Alors pourquoi seule la loi va-t-elle revivre? Parce qu'elle est (ou était) une loi? C'est la seule réponse possible et il ne semble pas qu'elle soit acceptable »⁵⁵. Pourtant, les dispositions abrogées par l'acte réglementaire déclaré illégal revivent seulement lorsqu'elles sont de nature ou de valeur législative. Il faut donc croire que l'hypothèse est particulière.

Elle l'est par la violation grave de la séparation des pouvoirs qu'elle censure. Une chose est pour un règlement d'intervenir dans une matière législative, une autre est pour lui de décider proprio motu d'abroger une loi en vigueur. L'illégalité est infiniment plus grave car elle remet en cause la séparation des pouvoirs. Comment alors ne pas la condamner de manière énergique, avec une sévérité réservée aux illégalités les plus graves, c'est-à-dire en recourant à la théorie de l'inexistence? L'idée en a d'ailleurs été suggérée par Laferrière qui

⁵² T. confl., 2 mars 1970, n° 1936, *Société Duvoir c/ SNCF*, Lebon p. 885, concl. G. Braibant; T. confl., 7 déc. 1970, n° 1970, *Riehm c/ Ortf*, Lebon p. 895; D. 1971. 611, note J. Chevallier; T. confl., 27 avr. 1981, n° 2195, SA « *Les fils de Jules Bianco* » c/ *Administration des douanes*, Lebon p. 503.

⁵³ V., CE, 29 mars 1832, *Mont de piété de Strasbourg*, Lebon p. 127 et moins lointainement, CE, ass., 4 févr. 1966, n° 62425, Mme Caffort, Lebon p. 77; CE, ass., 29 avr. 1981, n° 12851, *Ordre des architectes*, Lebon p. 197; AJDA 1981. 429, note B. Genevois.

⁵⁴ Crim., 26 avr. 1951, D. 1951. 601, rapp. Pépy.

⁵⁵ R. CHAPUS, op. cit., n° 1232.

liait l'inexistence à une usurpation de pouvoirs⁵⁶. Elle permet d'expliquer qu'il soit fait échec au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit antérieur. L'inexistence autorise en effet tout juge à considérer, d'office et à toute époque, comme disparu un acte alors même que sa contestation n'est opérée que par voie d'exception.

Tout s'éclaire alors. La déclaration de l'inexistence d'un règlement abrogeant une loi conduit à le considérer comme nul et non avenu et à le faire disparaître ipso facto. Rien ne s'oppose donc à ce que la loi qu'il abrogeait soit considérée comme applicable puisque la déclaration d'illégalité ne fait alors pas revivre le droit abrogé mais permet seulement d'appliquer le droit non abrogé.

Aucun des obstacles précédemment énumérés ne l'interdit.

Même si la disparition de l'acte n'est pas demandée, elle peut être prononcée puisque l'inexistence est un moyen d'ordre public. Elle peut l'être par tout juge et donc également par le juge de l'action. Les règles de délai ne jouent pas puisque l'acte inexistant n'est pas susceptible d'acquérir un caractère définitif. Enfin, aucune coexistence de deux normes contraires n'est à craindre puisque, précisément, l'acte inexistant, sitôt caractérisé, disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique.

Deux précisions sont à apporter pour conclure la démonstration sur ce point. En premier lieu, si celle-ci est exacte, elle doit coïncider avec les cas dans lesquels une autre

⁵⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1re éd., T. II, p. 470: selon lui, il y a inexistence « dans des cas graves d'empiètement d'un administrateur sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir judiciaire. Ainsi un décret qui empiéterait sur les pouvoirs du Parlement (...) en édictant des dispositions législatives (...) [pourrait] être considéré (...) comme non avenu (...) et non obligatoire (...) par le tribunal devant lequel on voudrait s'en prévaloir, sans qu'il fût besoin qu'un arrêt du Conseil d'État eut prononcé [son] annulation. Si, en effet, il était nécessaire de recourir à la procédure d'excès de pouvoir pour faire tomber des actes entachés d'une incompétence aussi absolue, on pourrait en conclure que ces actes peuvent acquérir un caractère définitif et obligatoire s'ils ne sont pas attaqués dans le délai de trois mois; or cette ratification tacite, admissible pour un acte annulable, ne saurait l'être pour un acte légalement inexistant.

cause d'inexistence a été caractérisée à la suite d'une exception d'illégalité. Malgré la faible jurisprudence en la matière, il semble qu'une réponse positive prévale. Par un arrêt Rosan Girard, l'Assemblée plénière du Conseil d'État, après avoir constaté par voie d'exception l'inexistence d'un arrêté préfectoral déclarant lui-même inexistantes de opérations électorales, a considéré que la proclamation des résultats de celles-ci redevenait exécutoire. La solution est donc parfaitement identique aux jurisprudences Société Duvoir et Ordre des architectes, précitées. En second lieu, et cette nouvelle remarque est une conséquence de la précédente, les jurisprudences en cause heurtent d'autant moins le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé qu'elles ne mettent, en réalité, en jeu qu'une déclaration d'inexistence. Telle est l'explication finale. Malgré l'absence des expressions usuelles en cas d'inexistence, qui constatent que l'acte est « nul et non avenue » ou « nul et de nul effet », les arrêts présentés ne sont qu'une modalité particulière de la théorie de l'inexistence. La mise en oeuvre de celle-ci par voie d'exception explique peut-être, la réticence du juge à affirmer pleinement qu'il procède à une déclaration d'inexistence.

La seconde hypothèse d'application d'un texte autre que celui déclaré illégal vise le cas où l'acte dont l'illégalité est excipée n'a rien abrogé. N'ayant pas disparu, le texte en cause n'a pas besoin de revivre pour être de nouveau applicable et l'acte déclaré illégal n'a pas besoin de disparaître.

Cette situation se rencontre en présence d'une organisation originale des rapports entre les normes en cause, organisation voulue par l'administration elle-même. La coexistence, entre deux textes compatibles, était acquise avant la déclaration d'illégalité. Celle-ci n'a donc toujours pour effet que de constater l'inapplicabilité d'un acte en l'espèce mais n'empêche pas d'appliquer ipso facto le droit non abrogé. Deux cas seulement peuvent être identifiés.

En premier lieu, le Conseil d'État estime que la déclaration d'illégalité d'une norme dérogoire à une norme générale permet d'appliquer cette dernière au litige pendant⁵⁷. Point n'est besoin, en un tel cas, que la déclaration d'illégalité fasse disparaître la norme dérogoire, ce qui est impossible sauf en cas d'inexistence, puisqu'en raison de l'organisation même des rapports entre les actes en présence, tous deux coexistent. L'administration a souhaité poser une norme tout en admettant simultanément qu'il y soit dérogré. Une telle combinaison de normes ne heurte aucun principe du système juridique car si ce dernier n'admet pas que deux normes contraires régissent la même matière à un moment donné, il consent à ce que l'état du droit positif résulte de plusieurs normes dont la coexistence est d'emblée prévue. Il est ainsi logique d'admettre que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer le droit auquel il était dérogré mais qui n'était pas abrogé. « Au nom de quoi n'appliquerait-on pas un texte auquel il n'est dérogré que par un texte inapplicable car déclaré illégal? »⁵⁸. Si cela était nécessaire, il serait encore possible de trouver confirmation de la véracité du raisonnement dans la définition du terme «dérogation»: il vise une « exception apportée, dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale, qui par ailleurs demeure »⁵⁹. La jurisprudence Commune de Boulazac est par conséquent compatible avec la jurisprudence Bargain dont elle marque seulement une limite, dans un cas marginal il est vrai.

En second lieu, l'acte déclaré illégal permet également le retour à une norme qu'il n'a pas abrogé parce qu'elle est supplétive. Tel est le caractère d'une norme applicable à défaut d'autres dispositions. L'existence de normes supplétives est certes rare en droit public, où la puissance publique procède plus par acte d'autorité que par reconnaissance d'une autonomie normative. L'hypothèse se rencontre néanmoins, notamment dans l'organisation

⁵⁷ CE, sect., 23 déc. 1990, *Commune de Boulazac*, Lebon p. 57; RFDA 1990. 621, concl. Abraham.

⁵⁸ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect. 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149, préc.

⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

des rapports entre l'État et les collectivités locales ou en matière de police générale. Dans ces domaines, peut être organisée la coexistence, au même moment, sur un même territoire, de deux normes, dont l'une est temporairement inapplicable car supplétive. La situation est donc similaire à celle, précédemment décrite, de la dérogation à une norme générale. La jurisprudence en a déduit la possibilité d'appliquer l'acte supplétif en cas de déclaration d'illégalité de l'acte particulier. Cela s'est manifesté dans le cadre des liens très particuliers unissant les plans locaux d'urbanisme aux permis de construire. Le Conseil d'État a considéré que la déclaration d'illégalité d'un plan local d'urbanisme ne pouvait ressusciter, par application du principe que l'on sait, les documents antérieurs et qu'il abrogeait. Mais il a relevé qu'existent en droit de l'urbanisme des normes d'application perpétuelle, qu'il n'est donc pas nécessaire de faire revivre et qui composent le règlement national d'urbanisme: «la constatation de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols a pour effet de rendre à nouveau applicables sur le territoire en cause les dispositions du code de l'urbanisme dont l'application y était exclue, en vertu dudit code, par l'existence d'un plan d'occupation des sols opposable aux tiers, mais non de remettre en vigueur le plan d'occupation des sols auquel le plan déclaré illégal s'était substitué»⁶⁰. C'est donc parce que la déclaration d'illégalité rend le plan local inopposable, au moins en l'espèce, que le juge peut se tourner vers l'autre texte, dont l'application était seulement suspendue par l'opposabilité du plan local, le règlement national d'urbanisme. Il n'y a pas résurrection d'un droit abrogé. Le constat objectif de ce que le règlement national d'urbanisme est toujours en vigueur et qu'il peut instantanément remplacer le droit local suffit à justifier la solution étudiée. « En matière d'urbanisme, ce texte général, même s'il n'est que subsidiaire, nous semble là pour ça »⁶¹.

⁶⁰ CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, Lebon p. 148; AJDA 1990. 733; *ibid.* 701, chron. E. Honorat et R. Schwartz; RDI 1990. 481, obs. Y. Gaudemet et D. Labetoulle; RFDA 1991. 149, concl. H. Toutée; LPA 9 janv. 1991, note Pacteau.

⁶¹ H. TOUTEE, concl. préc.

Certes, il pourrait être opposé à ce raisonnement le fait que, la déclaration d'illégalité ne faisant pas disparaître le plan, le règlement national d'urbanisme ne pourrait revivre. Seule importerait l'existence du plan, laquelle paralyserait l'application du règlement national. Tel n'a pas été l'avis du Conseil d'État, qui ne se fonde que sur l'inapplicabilité du plan pour réactiver le règlement national d'urbanisme. Ce dernier est applicable faute de plan opposable aux tiers. Or le principal effet de la déclaration d'illégalité est de constater l'inapplicabilité, et donc l'inopposabilité, du plan au tiers qu'est, en l'espèce, le requérant.

La solution de la jurisprudence *Assaupamar* avait le mérite d'allier rigueur et opportunité. «À la restauration d'un plan antérieur et par définition périmé est préférée la résurrection de règles générales et nationales d'urbanisme, incontestables et éprouvées»⁶². Elle a pourtant été écartée par le législateur, qui lui a préféré le principe de la résurrection du document local antérieur au plan déclaré illégal.

Cette disposition législative constitue l'une des exceptions au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé et avec lequel la possibilité d'appliquer le droit non abrogé était clairement compatible.

5.3. *Les exceptions*

L'impossibilité de faire revivre par une déclaration d'illégalité le droit abrogé précédemment en vigueur subit quelques exceptions. Il ne faut pas s'étonner toutefois de leur caractère très marginal compte tenu de l'assurance du principe qu'elles contredisent.

Une loi de circonstance et deux jurisprudences les composent.

C'est par une loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction que le législateur a écarté la jurisprudence *Assaupamar* et conféré à la déclaration d'illégalité du plan local d'urbanisme un effet sur le droit applicable

⁶² B. PACTEAU, note préc.

identique à celui de son annulation. La disparité antérieure de cet effet, selon qu'était en cause l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols, était sans doute insatisfaisante malgré son orthodoxie juridique. Le Conseil d'État avait cru opportun d'unifier cet effet en généralisant la solution propre à la déclaration d'illégalité et donc l'application des dispositions du règlement national d'urbanisme⁶³. Cette position, trop contraire à la tradition juridique, voire à l'opportunité, connut rapidement diverses limitations pour en limiter les conséquences paradoxales. L'état du droit avait ainsi atteint un tel degré de complexité qu'une intervention législative était devenue nécessaire.

Issu de la loi du 9 février 1994 mais dans une rédaction remaniée depuis, l'article L.121-8 du code de l'urbanisme dispose que «l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale, d'un schéma directeur ou d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le schéma de cohérence territoriale, le schéma directeur ou le plan local d'urbanisme, la carte communale ou le plan d'occupation des sols ou le document d'urbanisme en tenant lieu immédiatement antérieur».

À l'unification des solutions jurisprudentielles en faveur de l'application du règlement national d'urbanisme est alors préférée la résurrection du plan antérieur, même en cas de déclaration d'illégalité. Le législateur a donc écarté la jurisprudence Assaupamar, qui pouvait pourtant se réclamer d'une stricte orthodoxie au regard de l'arrêt Bargain: la déclaration d'illégalité permettait d'appliquer un autre droit au litige en cours (le règlement national d'urbanisme) mais elle ne le faisait pas revivre puisqu'il est destiné à suppléer la déficience des normes locales. En alignant les effets de la déclaration d'illégalité sur ceux de

⁶³ CE, 25 nov. 1991, n° 78606, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer c/ Association des amis de la Pointe de Nauzan*, Lebon p. 405; AJDA 1992. 173; ibid. 116, chron. C. Maugü. et R. Schwartz; LPA 29 avr. 1992, p.7, note Morand-Deville.

l'annulation et en censurant la position inverse du Conseil d'État⁶⁴, le législateur satisfait certes aux principes qui gouvernent les effets d'une annulation mais il porte en revanche une atteinte directe à ceux qui encadrent l'exception d'illégalité.

L'exception législative au principe de non-application du droit abrogé procède certes d'une volonté de pacification du contentieux de l'urbanisme.

Les deux autres exceptions sont d'origine jurisprudentielle et ont des justifications différentes.

La première d'entre elles est parfois présentée comme se rattachant à un cas d'inexistence et, donc comme non contraire au principe. Il semble néanmoins qu'elle soit simplement contradictoire. Elle est issue d'un arrêt du Conseil d'État, l'arrêt Mégard du 5 février 1971⁶⁵. Le juge y a déclaré illégal un décret entaché de rétroactivité et a appliqué, de ce fait, pour la période de rétroactivité la disposition anciennement en vigueur. Il a ensuite annulé la décision attaquée pour contrariété au droit ainsi ressuscité.

Mais en quoi la déclaration d'illégalité, lorsqu'elle résulte d'une rétroactivité de l'acte, permet-elle, en raison de la spécificité d'un tel vice, de déroger au principe de non application du droit abrogé? Son rattachement à la théorie de l'inexistence a été envisagé par M. Toutée dans ses conclusions sur l'arrêt Assaupamar⁶⁶. Il ne semble pourtant pas possible de considérer que le juge ait procédé à un tel raisonnement puisque la rétroactivité illégale,

⁶⁴ CE, 25 nov. 1991, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, préc.

⁶⁵ V., CE, 5 févr. 1971, n° 76236, *Megard*, Lebon p. 112. V. égal., CE, 28 févr. 1964, *Syndicat national autonome des personnels du Conseil supérieur de la pêche*, Lebon p. 156; CE, 21 janv. 1977, n° 87656, *Moisand*, Lebon p. 34.

⁶⁶ V., H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149, préc.

si elle constitue un vice d'ordre public, ne suffit pas à rendre un acte inexistant. Il n'est pas plus pertinent d'affirmer que le droit antérieur n'a pas été abrogé par l'acte rétroactif.

Une analyse plus fine de la jurisprudence permet de constater que les trois arrêts étudiés ici sont en contradiction avec un courant plus fourni s'inscrivant, quant à lui, dans un strict respect de la jurisprudence Bargain même en présence d'un acte illégalement rétroactif⁶⁷. Ces arrêts témoignent seulement des hésitations du juge confronté au problème délicat de la rétroactivité. Il convient donc de les écarter de la catégorie des exceptions au principe. La déclaration d'illégalité d'un règlement rétroactif ne fait pas revivre le droit antérieur. L'orthodoxie est donc respectée, malgré l'existence de décisions contradictoires. La première dérogation jurisprudentielle annoncée n'en est pas une. Nous allons constater que la seconde n'est guère plus embarrassante.

Elle est composée d'un arrêt isolé intervenu dans le domaine très particulier des questions préjudicielles du droit de l'Union européenne. Le contexte juridique en est évidemment particulier puisqu'après une période durant laquelle le juge administratif français a fait preuve d'une certaine résistance à l'égard des décisions de la Cour de justice, il participe pleinement à la coopération entre les juridictions nationales et européennes.

C'est le Conseil d'État qui a initialement adopté une position hétérodoxe au sujet de la portée sur l'ordonnancement juridique d'une déclaration d'invalidité d'un règlement communautaire par la Cour de justice. Il a ainsi considéré que cette déclaration d'invalidité

⁶⁷ V., CE, ass. plén., 9 juin 1961, Martin, Lebon p. 382; CE, 3 oct. 1969, n° 75259, *Ministre de l'intérieur c/ Jeannot*, Lebon p. 418; CE, 9 mai 1973, n° 85067, Grand, Lebon p. 340; CE, 7 mars 1975, n° 93232, *Lejeuz*, Lebon p. 181; CE, ass., 23 juill. 1976, n° 93066, *Société Algeco*, Lebon p. 369; TA Strasbourg, 10 févr. 1983, *Mme Cagnard*, Lebon p. 584.

autorise le juge national à statuer au regard du droit communautaire antérieur à cet acte ⁶⁸. Objet de fortes critiques à l'époque, compte tenu de sa contrariété aux règles tant nationales qu'européennes de la déclaration d'illégalité, cette solution est désormais conforme à ces dernières. La Cour de justice affirme en effet explicitement que « la déclaration d'invalidité d'un règlement qui a implicitement abrogé un autre règlement implique, en principe, le droit pour les parties au principal d'être placées dans la même situation que si cette abrogation n'était pas intervenue »⁶⁹. Elle tempère cependant ce principe en acceptant parfois, sous de strictes conditions, de neutraliser la rétroactivité de la déclaration d'illégalité⁷⁰. En toute hypothèse, la position du juge administratif français illustre maintenant sa parfaite acceptation⁷¹ de la portée que la Cour de justice entend donner à ses décisions rendues sur question préjudicielle.

Au total, les exceptions au principe selon lequel la déclaration d'illégalité d'un acte ne fait pas revivre le droit antérieur ne sont guère nombreuses et ne jouissent que d'une bien faible portée. Il est alors nécessaire de conclure ces développements par l'affirmation que la déclaration d'illégalité, si elle permet d'appliquer le droit non abrogé, ne provoque pas la résurrection du droit abrogé. En d'autres termes, la déclaration d'illégalité ne vaut pas reconnaissance de l'applicabilité de la norme antérieure aux situations futures.

⁶⁸ CE, 9 mai 1980, n° 14512, *Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, Lebon p. 220; AJDA 1980. 535, concl. Genevois, note Jourdan; D. 1980. 462, note Plouvin; RTD eur. 1980. 578, concl. note M-A. F.

⁶⁹ CJCE, 8 nov. 2001, aff. C-228/99, *Silos*, Rec CJCE I-8401; v. aussi, CJCE, 28 févr. 1989, aff. 201/87, *Cargill*, Rec. CJCE. 489.

⁷⁰ CJCE, 15 oct. 1980, aff. 145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

⁷¹ CE, ass., 11 déc. 2006, n° 234560, *Société De Groot En Slot Allium BV, Société Bejo Zaden BV*, Lebon p. 512; AJDA 2007. 136, chron. C. Landais et F. Lenica; D. 2007. 994, note O. Steck; RFDA 2007. 372, concl. F. Séners; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Remy-Corlay; RTD eur. 2007. 473, étude F. Dieu; ibid. 2008. 835, chron. D. Rittleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

Faut-il alors s'inquiéter du vide juridique que cela provoque?

Certes, dans l'espèce ayant donné lieu à la déclaration d'illégalité, aucun vide juridique n'est à craindre puisqu'elle suffit à assurer le succès ou l'échec du recours. Mais qu'en est-il de l'avenir? Ne pouvant appliquer l'acte déclaré illégal, sauf à commettre une nouvelle illégalité, ne pouvant pas non plus appliquer le droit antérieur, non remis en vigueur par la déclaration d'illégalité, la puissance publique semble confrontée à une absence de droit. Elle ne pourrait le combler, selon la présentation classique, que par l'édiction d'un nouvel acte, ce qui n'est pas sans soulever quelques difficultés.

6. LE DROIT APPLICABLE EST DÉTERMINÉ PAR L'ADMINISTRATION

La déclaration d'illégalité ne crée par elle-même aucun vide juridique. Elle constate simplement l'inapplicabilité d'un acte à une espèce donnée et permet d'en tirer les conséquences dans le litige à l'occasion duquel l'exception d'illégalité a été soulevée par l'une ou l'autre des parties. Si elle l'a été par le requérant, son recours est alors fondé et la décision qu'il conteste au principal est annulée. Si elle l'a été par l'administration, celle-ci obtient le rejet du recours dirigé contre son refus d'appliquer au requérant la décision déclarée illégale. À s'en tenir au seul litige qui a provoqué la déclaration d'illégalité, celle-ci en permet le dénouement.

Mais une autre difficulté apparaît lorsque est recherché le droit désormais applicable: l'acte déclaré illégal ne disparaissant pas et l'administration étant cependant tenue de ne plus l'appliquer⁷², un vide juridique semble naître mécaniquement. L'administration ne peut en effet ni appliquer l'acte déclaré illégal ni le droit qu'il a éventuellement abrogé puisqu'il ne revit pas, et semble condamnée à la paralysie. Il n'en est heureusement pas ainsi.

⁷² CE, sect., 14 déc. 1958, *Ponard*, préc.

L'analyse devrait ici conduire à distinguer selon que l'acte déclaré illégal est destiné à servir de fondement à d'autres actes ou non. Si tel est le cas⁷³, son remplacement se pose nécessairement. Si tel n'est pas le cas⁷⁴, la question se pose avec beaucoup moins d'acuité. D'abord et surtout parce que les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité de ce type d'actes sont si strictes qu'il est rare qu'elles soient accueillies. Ensuite et dans l'hypothèse où elle serait recevable et fondée, le remplacement de l'acte individuel ainsi déclaré illégal ne s'impose qu'exceptionnellement.

C'est donc principalement lorsque la déclaration d'illégalité porte sur un acte réglementaire qu'est susceptible de se poser la question du droit désormais applicable.

Pour régler les situations futures, l'autorité compétente peut édicter un nouvel acte réglementaire qui se substituera à celui déclaré illégal et depuis lors inapplicable.

Ce nouvel acte réglementaire peut se borner à abroger celui dont l'illégalité a été constatée par le juge: cela permet, s'il avait lui-même abrogé un règlement antérieur, d'assurer la « réapplicabilité » de ce dernier et de fournir ainsi une nouvelle base juridique pour l'édition de nouvelles décisions. Naturellement, l'autorité compétente peut estimer que la réglementation ainsi réactivée n'est plus opportune et préférer lui en substituer une nouvelle. Celle-ci pourra être identique au règlement déclaré illégal si l'illégalité en cause est une illégalité externe et qu'elle n'est pas répétée lors de l'édition du nouveau règlement. En revanche, si l'illégalité de l'acte réglementaire découlait d'un vice de légalité interne, il conviendra d'en modifier la substance pour éviter la reproduction de l'illégalité.

Si le règlement déclaré illégal n'en avait abrogé aucun autre antérieur, l'abroger (puisqu'il ne doit plus être appliqué) fait naître un vide juridique. Pour éviter cette situation, il convient que l'autorité administrative ne se borne pas à l'abroger mais le remplace par un

⁷³ Ce qui concerne principalement les actes réglementaires et marginalement les décisions d'espèce.

⁷⁴ Ce qui vise plutôt les actes individuels.

nouvel acte réglementaire, sous les réserves ci-dessus exprimées quant à sa légalité. C'est ce nouvel acte réglementaire qui régira, à l'avenir, les situations en cause.

L'affaire Anschling a fait apparaître la nécessité de s'interroger sur le règlement des situations passées, c'est-à-dire de celles qui avaient été traitées sur le fondement de l'acte déclaré illégal.

En principe, et comme cela a été évoqué, la déclaration d'illégalité de cet acte emporte la solution du litige et semble clore les débats. Mais il n'en va pas toujours ainsi. En effet, il peut parfois apparaître choquant que les situations initialement régies par l'acte déclaré illégal soient considérées, une fois les décisions prises en application de cet acte elles-mêmes annulées, comme soustraites à tout encadrement.

Comment admettre cependant que l'administration prenne un nouvel acte réglementaire afin de fonder rétroactivement l'édition de nouvelles décisions individuelles à l'égard des requérants ayant obtenu l'annulation des décisions initiales les concernant?

Le principe de prohibition de la rétroactivité des décisions administratives devrait s'y opposer.

Ce principe n'est toutefois pas absolu. Le pragmatisme du juge administratif le conduit à tolérer qu'il supporte des exceptions dans certaines circonstances. L'une des plus classiques est précisément celle en cause dans l'affaire Anschling: l'illégalité de l'acte réglementaire fixant un tarif, notamment celui d'un service public⁷⁵.

Ainsi que l'a clairement exposé Mme de Barmon dans ses conclusions, le juge administratif admet que l'administration prenne une nouvelle réglementation rétroactive si le

⁷⁵ V., concl. reproduites ci-dessus.

tarif en vigueur immédiatement avant le tarif annulé ne peut recevoir une application prolongée pendant la période concernée par l'annulation.

Il s'agit alors d'assurer la continuité du service public considéré, continuité qui serait compromise si un nombre plus ou moins grand d'utilisateurs pouvaient bénéficier d'une exemption de tarif à l'issue d'une procédure juridictionnelle. La prestation de service public, laquelle a bien eu lieu, ne saurait rester fournie gratuitement. Il est ainsi admis qu'après l'annulation de la tarification couvrant une certaine période, l'administration édicte une nouvelle réglementation à portée rétroactive⁷⁶.

S'il est donc concevable qu'une réglementation rétroactive soit édictée, après l'intervention du juge, pour donner un fondement à de nouvelles décisions individuelles de facturation des prestations antérieurement fournies, le fait que, dans l'affaire Anschling, la réglementation tarifaire n'ait pas été attaquée directement mais seulement contestée incidemment à l'occasion d'un recours contre la décision exigeant le prix du service fourni soulevait une seconde difficulté, apparemment inédite. Comment admettre l'édition d'une nouvelle tarification pour la période couverte par la tarification déclarée illégale alors que cette dernière, n'ayant pas été annulée, est toujours en vigueur même si elle ne peut plus être appliquée ?

Certes, il est de la logique même du recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité invoquée à son soutien d'aboutir à une situation dans laquelle un acte administratif est annulé en raison d'une illégalité qui l'entache mais qui trouve sa source dans un autre acte que celui qui est l'objet de ce recours et seul annulé. Il est également de la logique de la combinaison des deux voies de droit en cause de permettre à un individu de se soustraire à l'application d'une réglementation dont il démontre l'illégalité, à l'appui d'un recours contre la mesure le concernant et prise sur le fondement de cette réglementation: lui

⁷⁶ V., les arrêts cités par Mme de Barmon: CE, 19 avr. 2000, n° 157920, *Commune de la Bresse* et 9 avr. 2004, n° 252988, M. Escurat.

seul bénéficiaire de l'annulation de cette mesure individuelle alors que les autres personnes auxquelles a été appliquée la même réglementation doivent en supporter les conséquences en dépit de son illégalité.

Le principe d'égalité ne saurait être ici invoqué pour imposer l'application d'un régime uniforme à tous les destinataires de la réglementation illégale: d'une part, l'absence de recours exercés contre les décisions appliquant celle-ci à d'autres que le requérant interdit de les annuler malgré leur illégalité certaine ; d'autre part, l'illégalité entachant la réglementation en cause, pertinemment relevée par l'individu audacieux, impose d'annuler la décision individuelle lui appliquant cette réglementation.

L'administration, si elle peut édicter une nouvelle réglementation applicable à tous pour l'avenir, semble donc contrainte, par l'effet mécanique de la décision juridictionnelle, de laisser persister, pour le passé, une différence entre l'individu ayant contesté la décision individuelle le concernant et tous ceux qui n'ont pas contesté les décisions similaires prises à leur endroit.

Elle ne saurait en effet mettre en oeuvre son pouvoir de retirer l'acte réglementaire illégal pour lui en substituer un nouveau, d'application générale et rétroactive. Si elle dispose du pouvoir de retirer ce type d'actes, en raison du fait qu'ils ne créent pas de droits par eux-mêmes, elle ne peut cependant plus le mettre en oeuvre dès lors que des décisions elles-mêmes créatrices de droits ont été prises sur le fondement de l'acte réglementaire en cause et sont devenues définitives. Les règles du retrait des décisions créatrices de droits sont en effet susceptibles de paralyser indirectement celles du retrait des actes non créateurs de droits⁷⁷. Or, dans l'hypothèse ici examinée, les décisions individuelles prises à l'égard d'autres personnes que l'auteur du recours sont presque certainement devenues définitives au moment

⁷⁷ CE, 4 déc. 2009, n° 315818, *Mme Lavergne*, Lebon p. 489; AJDA 2009. 2318; D. 2010. 15; *ibid.* 1442, obs. F. Granet-Lambrechts; AJ fam. 2010. 46, obs. I. Gallmeister; RFDA 2010. 175, obs. T. Pez; Constitutions 2010. 287, obs. O. Le Bot; RTD civ. 2010. 295, obs. J. Hauser.

où le juge prononce la déclaration de l'illégalité de la réglementation qui leur a servi de fondement.

L'administration ne paraît pas plus avoir le droit d'adopter une nouvelle réglementation destinée à régir la situation antérieure des individus ayant obtenu l'annulation des décisions individuelles prises sur le fondement de la réglementation initiale déclarée illégale puisque celle-ci existe toujours même si elle n'est plus applicable. Il est en effet inconcevable que deux règlements distincts coexistent pour régir les mêmes faits au même moment.

En supposant donc que l'illégalité de la tarification antérieure permette l'édiction d'une nouvelle réglementation rétroactive pour couvrir la même période et fonder une nouvelle facturation à l'usager ayant obtenu l'annulation de la première facture, le maintien en vigueur de la tarification initiale semble interdire à l'administration de faire ainsi coexister deux réglementations applicables aux mêmes faits. Tel était précisément la difficulté soumise par l'affaire Anschling. Elle n'était pas insurmontable.

D'une part, ainsi que cela a été excellemment montré par Mme de Barmon, si l'on excepte la question de l'absence d'annulation de la tarification initiale qui n'avait été que déclarée illégale, la rétroactivité de la nouvelle tarification était souhaitable puisque la tarification antérieure à celle déclarée illégale n'était pas applicable. Il était donc nécessaire, au nom de la continuité du service public, d'adopter une nouvelle réglementation susceptible de fonder a posteriori le versement du prix des prestations de service public antérieurement fournies à l'usager. Sur ce point, la décision de Section n'innove pas.

D'autre part, le fait que la tarification initiale n'ait pas été annulée mais simplement déclarée illégale et qu'elle ait été ainsi toujours en vigueur, bien qu'inapplicable, ne constituait pas un obstacle radical à l'édiction d'une nouvelle réglementation tarifaire. Pour s'en convaincre, il convient de considérer son champ d'application *ratione personae*. La nouvelle tarification est uniquement destinée à permettre de fonder le versement du prix du service public par les usagers ayant obtenu l'annulation de leur facture initiale. Les autres usagers ne seront absolument pas affectés par cette nouvelle tarification. Or, puisque les

décisions individuelles initiales concernées par la nouvelle tarification rétroactive ont toutes été annulées par le juge administratif, rien ne s'oppose à ce que l'administration prononce le retrait de la réglementation tarifaire antérieure en tant qu'elle concerne les usagers ayant contesté et obtenu l'annulation de leur facture initiale. Ce retrait est en effet possible car, comme il a été rappelé précédemment, le retrait d'un acte réglementaire est légal tant que les décisions éventuellement créatrices de droits prises sur son fondement ne sont pas devenues définitives. En l'occurrence, les décisions de facturation initiales ne le sont évidemment pas devenues puisqu'elles ont même disparu du fait de leur annulation.

Le retrait de la tarification initiale illégale, s'il est strictement limité aux personnes ayant obtenu l'annulation juridictionnelle du titre exécutoire émis à leur rencontre, est donc parfaitement légal.

Dès lors, l'administration, qui se trouve dans l'hypothèse classique dans laquelle aucune tarification n'est susceptible de régir des prestations déjà fournies, est autorisée à prendre une nouvelle tarification à portée rétroactive destinée à fonder la facturation de ces prestations au nom de la continuité du service public.

Si deux réglementations tarifaires coexistent pour la facturation d'un même service à un même moment, elles n'ont néanmoins pas le même champ d'application *ratione personae*: l'une – celle déclarée illégale et toujours en vigueur – a servi à facturer ce service initialement et a fondé le versement du prix par les usagers n'ayant pas agi en justice ; l'autre – nouvellement édictée et rétroactive – sert à retirer la première en tant qu'elle s'appliquait aux usagers ayant contesté et obtenu l'annulation de leur facture initiale et à fonder l'émission à leur rencontre d'un nouveau titre exécutoire pour qu'ils s'acquittent du prix de la prestation dont ils ont bel et bien bénéficié.

L'arrêt *Anschling* ne remet donc pas en cause le principe selon lequel le droit abrogé ne revit jamais du fait de la déclaration d'illégalité. Seul peut être appliqué un acte éventuellement non abrogé, hypothèse dont le caractère relativement exceptionnel a été constaté. L'interdiction d'appliquer l'acte déclaré illégal, en vertu d'un principe déduit du principe de légalité, jointe à la non résurrection du droit antérieur à l'acte déclaré illégal n'est

pourtant pas source de vide juridique. En effet, l'administration dispose du pouvoir d'abroger l'acte déclaré illégal et de lui en substituer un nouveau applicable à l'avenir. Elle peut même, dans des circonstances aussi particulières que celles de l'affaire Anschling, retirer cet acte et lui en substituer un nouveau à portée rétroactive.

Cette combinaison des effets de la déclaration d'illégalité et des pouvoirs de l'administration permet à l'exception d'illégalité de conserver son autonomie par rapport au recours pour excès de pouvoir. Ses effets moindres sur l'acte, en raison des contraintes procédurales qui la caractérisent, ne font pas naître de vide juridique.

