

LA DIALECTIQUE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DE LA LÉGALITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Florence CROUZATIER-DURAND

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045548ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045548ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CROUZATIER-DURAND, F. (2008). LA DIALECTIQUE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DE LA LÉGALITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS. *Revue du notariat*, 110(2), 481–495. <https://doi.org/10.7202/1045548ar>

LA DIALECTIQUE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DE LA LÉGALITÉ EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Florence CROUZATIER-DURAND*

I. SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LÉGALITÉ : DEUX PRINCIPES FONDAMENTALEMENT COMPLÉMENTAIRES ET OPPOSÉS	485
A. La reconnaissance de ces principes par le juge administratif français	486
B. La difficile conciliation de ces principes dans la jurisprudence administrative	487
II. LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS D'UNE DÉCISION JURIDICTIONNELLE : NOUVELLE CORRÉLATION ENTRE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LÉGALITÉ.	489
A. L'apparition de nouvelles techniques de jugement	489
B. La « maîtrise du juge sur le procès »	491

* Maître de conférences à l'Université de Toulouse 1, Sciences sociales TACIP, GRALE.

« C'est la force et le droit qui règlent toutes
choses dans le monde ; la force
en attendant le droit »

– Joubert

Résumé

En droit administratif français, les principes de légalité et de sécurité juridique sont toujours apparus comme difficilement conciliables. Pendant longtemps, dans le conflit opposant ces deux principes, la légalité a pris le dessus comme l'illustre la jurisprudence relative au retrait d'un acte administratif unilatéral. En effet, la tradition française a privilégié les principes de légalité et de mutabilité sur le respect des situations acquises. Si le Conseil d'État a reconnu assez tôt la nécessité d'assurer la stabilité des situations juridiques individuelles, c'est véritablement dans les années 1990 que l'influence communautaire a incité à une plus grande reconnaissance de la sécurité juridique. Aujourd'hui, c'est par le truchement de la notion de dispositions transitoires que le juge administratif français appréhende la sécurité juridique.

Si le juge de l'excès de pouvoir a toujours pris en compte les effets d'une décision administrative, comme l'illustre la jurisprudence sur les droits acquis, la prise en compte des effets de sa propre décision est plus originale. C'est pourtant un mouvement qui se développe incontestablement, le juge administratif français est susceptible de moduler les effets de l'annulation. Ce pouvoir reconnu au juge de neutraliser la rétroactivité d'une décision juridictionnelle rappelle le difficile équilibre existant entre les principes fondamentaux de légalité et de sécurité juridique, tout en appréhendant cette dialectique dans une perspective de combinaison plus que d'opposition.

L'Administration, quelle que soit sa puissance, n'en est pas moins soumise au droit, à tout le droit. Le principe de légalité, entendu de manière large, suppose le respect de l'ensemble des règles de droit. La soumission à l'ordre juridique implique une exigence de non-contrariété entre les actes administratifs et les normes qui leur sont supérieures.

La sécurité se définit comme la situation où aucun danger n'est à craindre et comme la tranquillité d'esprit qui en résulte¹. La sécurité juridique renvoie, quant à elle, à d'autres concepts tels que ceux de lisibilité, de non-rétroactivité ou encore de stabilité des situations juridiques. Dans sa thèse de doctorat, A-L.Valembois souligne que la sécurité juridique ne peut exister indépendamment de la justice ou du progrès social, valeurs de base qui inspirent l'ordre juridique dans son ensemble². Elle s'entend tout d'abord d'une sécurité assurée par le droit, essentiellement tournée vers la protection contre l'arbitraire et qui trouve là l'une de ses justifications fondamentales. Elle se conçoit aussi, et désormais surtout, comme une sécurité du droit. La sécurité juridique évoque dès lors de multiples notions ; comme le souligne B. Pacteau, elle implique tout à la fois :

la protection contre la rétroactivité, l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement, la clarté, la précision, la cohérence, donc la connaissance et non moins la publicité effective et suffisante de la règle applicable [...].³

Si la définition ne peut être donnée qu'en référence aux notions et principes qui la composent, on peut néanmoins regrouper l'ensemble de ces principes dans l'idée de prévisibilité, et ainsi reconnaître que la sécurité juridique se présente comme une garantie d'exclusion du champ juridique du risque d'incertitude ou de changement brutal dans l'application du droit. A cet égard, S. Calmes a évoqué ces deux idées que sont savoir et prévoir.

Dans le cadre d'une étude de droit administratif français, on constate d'emblée la difficulté de concilier les principes fondamentaux de légalité et de sécurité juridique parce que les exigences de la légalité s'opposent parfois aux exigences de la sécurité juridique. Pourtant, la sécurité juridique fait aussi partie de la légalité ; elle en constitue même un élément. C'est ce qu'affirmait l'avocat général

1. *Dictionnaire Larousse*, « Sécurité ».

2. Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, L.G.D.J., 2005, p. 6. Voir aussi Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2001 ; Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit public français*, Thèse, Paris, L.G.D.J., à paraître 2008.

3. Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.* 1995 (n° spécial).155.

Darmon devant la Cour de justice des communautés européennes : « Quelle plus grande sécurité, en effet, que celle résultant de la stricte application de la loi ? »⁴ Le principe de sécurité participe incontestablement du principe de légalité.

Pendant longtemps, dans le conflit opposant ces deux principes, la légalité a pris le dessus comme l'illustre la jurisprudence relative au retrait d'un acte administratif unilatéral. En effet, la tradition française a privilégié les principes de légalité et de mutabilité sur le respect des situations acquises.

Reflet d'un pays façonné par son Etat, dans lequel la puissance publique a longtemps été vue comme libératrice, égalisatrice et organisatrice, le droit administratif français s'est efforcé de donner à l'administration d'importants moyens d'action au travers des théories de l'acte administratif unilatéral et du privilège du préalable.⁵

Le Conseil d'État a cependant reconnu assez tôt la légitimité, mais aussi la nécessité, d'assurer la stabilité des situations juridiques individuelles, ce que Maurice Hauriou appelait « la sûreté des relations sociales ». Et, c'est vers la fin des années 1980, et véritablement dans les années 1990, que l'influence communautaire a incité à une plus grande reconnaissance, une meilleure prise en considération de la sécurité juridique, notamment au travers son corollaire, la confiance légitime. Les conclusions de V. Pécresse sur l'arrêt du Conseil d'Etat de 1997, *Dame de Laubier*, sont de ce point de vue particulièrement intéressantes. Aujourd'hui, c'est par le truchement de la notion de dispositions transitoires que le juge administratif appréhende la sécurité juridique.

I. SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LÉGALITÉ : DEUX PRINCIPES FONDAMENTALEMENT COMPLÉMENTAIRES ET OPPOSÉS

Si les principes de légalité et de sécurité juridique présentent une égale importance au regard du droit administratif français, leur conciliation par le juge administratif s'est faite tardivement et difficilement.

4. M. Darmon, concl. sur C.J.C.E. 27 févr. 1985, *Sté des produits de maïs SA c. Administration des douanes et droits indirects*, aff. 112-83, *rec.*, p. 719.

5. Francis DONNAT, « Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence du Conseil d'Etat vue dans le prisme de celle de la Cour de Justice des Communautés européennes », dans *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 282.

A. La reconnaissance de ces principes par le juge administratif français

Si le principe de légalité est au fondement même du droit administratif français, si la stabilité des situations acquises a toujours été au cœur de ses préoccupations, c'est véritablement par l'arrêt du 24 mars 2006, *Sté KPMG*, que le Conseil d'État reconnaît expressément le principe de sécurité juridique. La Haute assemblée a jugé que « à défaut de toute disposition transitoire [...], les exigences et interdictions qui résultent du code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ». Jusqu'alors, et bien que les principes de confiance légitime ou de sécurité juridique étaient soulevés devant eux, aucune décision des juges du Palais Royal ne les avait expressément accueillis.

Cette position a été confirmée par la suite au-delà des situations contractuelles dans l'arrêt de Section, *M^{me} Lacroix*. La requérante demandait au juge de considérer l'absence de mesures transitoires accompagnant un nouveau texte, comme contraire aux exigences de la sécurité juridique. Le juge administratif confirme l'obligation d'édicter des mesures transitoires notamment lorsque l'application immédiate d'une réglementation nouvelle entraîne une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause. Déjà, dans l'arrêt *KPMG*, le Conseil d'État avait précisé que ce nouveau principe de sécurité juridique avait pour objet d'éviter les atteintes excessives que les nouvelles règles peuvent porter à des situations contractuelles en cours ou légalement nouées. L'arrêt du 13 décembre 2006 constitue donc une extension du champ d'application du principe de sécurité juridique, au-delà des situations contractuelles⁶.

Outre la stabilité juridique, ces nouvelles décisions portent aussi la marque de la recherche d'une plus grande effectivité du droit.

6. Cons. d'Ét. 13 déc. 2006, req. n° 287845.

B. La difficile conciliation de ces principes dans la jurisprudence administrative

Étudiant ces deux principes, D. Labetoulle note qu'à première vue, ils ne peuvent que s'épauler et non se contrarier⁷. Effectivement, on peut admettre que la sécurité juridique suppose le respect de la légalité ; et inversement probablement. C'est ce que souligne G. Timsit⁸ : lorsque le juge administratif contrôle la légalité d'un acte, il est amené à effectuer une « pesée » entre divers éléments. L'appréciation de la stabilité des situations juridiques, donc de la sécurité juridique, constitue depuis très longtemps un élément de ce contrôle de légalité. Parce qu'il limite l'arbitraire, le principe de légalité est porteur de sécurité.

Le principe de sécurité juridique ne peut donc pas être dissocié complètement de la légalité lorsque le juge contrôle cette dernière : c'est un des éléments du raisonnement du juge dans la vérification de la légalité d'un acte. En effet, le juge prend en considération les effets que la décision a pu engendrer ainsi que les situations juridiques qu'elle a créées. De ce point de vue, il est difficile d'établir une combinaison entre ces deux principes et donc de souscrire à l'idée d'un équilibre recherché par le juge. Et pourtant, la prise en considération des conséquences de la décision juridictionnelle ne peut pas être dissociée du contrôle même de la légalité.

Néanmoins, on perçoit vite que la stabilité des situations juridiques (composante du principe de sécurité juridique) ne coexiste avec le principe de légalité qu'au prix d'arrangements réciproques. Deux exigences contradictoires sont en effet à concilier : l'exigence de légalité (si l'acte est illégal il faut qu'il disparaisse) et celle de la stabilité ou de la sécurité des situations juridiques. Nous l'avons souligné, pendant longtemps, le droit administratif français a eu tendance à privilégier les principes de légalité et de mutabilité sur le respect des situations acquises. C'est l'image égalisatrice de la puissance publique qui prévaut.

L'exemple du retrait d'un acte administratif unilatéral est particulièrement intéressant à cet égard. Dès 1922, dans l'arrêt *Dame*

7. Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », dans *L'État de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403, à la page 404.

8. Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger ? Blasons de la légalité*, Paris, P.U.F., 1995, p. 64.

Cachet, le juge administratif élabore un compromis entre ces deux exigences : il reconnaît à l'auteur d'un acte illégal le pouvoir de le retirer, mais uniquement dans la mesure où ce retrait s'effectue dans le délai de deux mois suivant la publicité faite à l'acte, ou en cas de recours tant que le litige n'a pas été tranché. La stabilité des situations juridiques est à l'origine de ces restrictions. Les conclusions Rivet sont sans ambiguïté : « le retrait à toute époque ne saurait être admis (c'est-à-dire ne saurait être légal), à raison du régime d'incertitude qui résulterait d'une telle conception »⁹. La volonté de concilier ces deux principes est toujours présente dans la jurisprudence administrative ; l'idée d'une balance entre deux principes d'égale importance est constamment affirmée dans les conclusions des commissaires du gouvernement¹⁰. Pourtant, l'équilibre est difficile à maintenir, certaines failles permettront la mise à mal de la sécurité juridique des administrés. L'évolution récente de la jurisprudence administrative sur cette question confirme néanmoins le souci constant du Conseil d'État au regard de la stabilité des situations acquises. Les arrêts *M^{me} de Laubier* rendu en 1997 et surtout *Ternon* rendu en 2001 illustrent la réelle prise en considération par le juge administratif des exigences de sécurité juridique. Dans ses conclusions sur l'arrêt *M^{me} de Laubier*, le commissaire du gouvernement, V. Péresse, affirme notamment qu'en se conformant à son raisonnement, le Conseil d'État tirera « toutes les conséquences [...] de l'intervention du décret du 28 novembre 1983, qui aura ainsi modifié l'équilibre existant entre principe de légalité et principe de sécurité juridique, au profit des bénéficiaires de décisions créatrices de droit ». Le Conseil d'État juge dans cette décision que lorsque l'absence d'indication des voies et délais de recours a empêché les délais de courir, l'auteur de l'acte ne saurait invoquer le bénéfice de ces dispositions pour retirer, de sa propre initiative, une décision créatrice de droits au-delà d'un délai de deux mois, quand bien même elle serait illégale.

Dans l'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001, le Conseil d'État parvient à trouver un nouvel équilibre entre les principes de sécurité juridique et de légalité : il dissocie les délais de retrait et de recours pour excès de pouvoir. Désormais, le retrait d'un acte administratif unilatéral créateur de droits est possible uniquement si cet acte est illégal et dans un délai de quatre mois à compter de l'édition de la décision, et non plus de sa publicité.

9. M. Rivet, concl. sur Cons. d'Ét. 3 nov. 1922, *Dame Cachet*, R.D.P. 1922.552.

10. Cons. d'Ét. 10 oct. 1997, *Lugan*, R.F.D.A. 1998.21 ; 6 mai 1966, *Ville de Bagnaux*, R.D.P. 1967.339, concl. Braibant.

II. LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS D'UNE DÉCISION JURIDICTIONNELLE : NOUVELLE CORRÉLATION ENTRE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET LÉGALITÉ

La possibilité offerte au juge administratif de moduler dans le temps l'entrée en vigueur mais aussi les effets de ses décisions constitue une évolution attendue par une grande partie de la doctrine française.

A. L'apparition de nouvelles techniques de jugement

Les réformes législatives de 1995 et 2000 ont permis au juge administratif de dépasser ses schémas classiques de raisonnement en matière de légalité. Prenant acte de ses nouvelles prérogatives tant en matière d'urgence que d'exécution des jugements, il est devenu un véritable juge plus qu'un simple censeur des irrégularités. Il a le pouvoir d'enjoindre à l'administration de suspendre provisoirement l'exécution d'un acte dont la légalité est douteuse, de prendre toute mesure nécessaire afin de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et enfin d'appliquer, si besoin est, la décision qu'il prononce. Cette évolution des pouvoirs du juge s'inscrit dans un mouvement plus théorique qui pose la question de l'utilité du recours pour excès de pouvoir au regard du recours de plein contentieux. Comme le souligne D. Bailleul, ce dernier connaît « un succès qui, au-delà d'une interrogation sur l'éventuelle vétusté du recours pour excès de pouvoir, traduit l'évolution du contentieux administratif vers la reconnaissance et la promotion des droits individuels, corrélative du recul évident d'une conception abstraite et transcendante de l'intérêt général »¹¹.

En principe, lorsqu'il est saisi d'une demande contestant la légalité d'un acte administratif, le juge de l'excès de pouvoir n'a d'autre alternative que de l'annuler s'il constate une irrégularité, ou de refuser de l'annuler s'il n'en constate aucune. Dans la première hypothèse, l'annulation est immédiate et l'acte administratif ainsi annulé est censé n'avoir jamais existé. L'arrêt *Rodière* affirme ainsi que « les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ». Cette formule vise à donner toute son efficacité au recours pour excès de pouvoir. Cette affirmation comporte une

11. David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », A.J.D.A. 2004.1626.

part de fiction qui est une garantie pour le justiciable, mais elle n'empêche que les actes ont existé et qu'ils ont pu produire des effets. C'est pourquoi la jurisprudence a parfois cherché à faire prévaloir les exigences de la réalité sur la logique de la disparition rétroactive de l'acte annulé.

Le juge administratif, bien conscient de tels inconvénients, a donc cherché des palliatifs, des aménagements tels que la théorie des fonctionnaires de fait¹², afin de tempérer le principe selon lequel l'acte annulé est censé n'être jamais intervenu. En dépit de ces aménagements, il arrive fréquemment que la consolidation de certains effets de la situation née de la disparition rétroactive de l'acte annulé nécessite une intervention du législateur, sous la forme d'une loi de validation.

Dans ce mouvement, une réelle avancée ressort de l'arrêt du 27 juillet 2001, *Titran*¹³. Appelé à statuer sur un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État laisse au ministre intéressé le choix entre la disparition future de l'acte illégal ou bien sa régularisation. L'autorité administrative dispose d'un délai de deux mois pour décider de l'exécution de la décision d'annulation : exécution qui peut se traduire par l'abrogation des arrêtés illégaux ou bien par leur régularisation. Il s'agit donc d'une annulation conditionnelle, grâce à laquelle le juge administratif peut appréhender plus globalement une situation juridique et ne prononcer une annulation immédiate que si elle s'avère opportune.

Par la suite, dans une décision de 2002, l'évolution des pouvoirs du juge administratif est confirmée. Il s'agit de l'arrêt du 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*¹⁴. Dans cette décision, le Conseil d'État a d'abord reconnu l'illégalité de l'acte contesté, il a ensuite admis que cette erreur est normalement de nature à entraîner son annulation, pour enfin décider de ne pas prononcer d'annulation mais entreprendre de corriger l'erreur lui-même. C'est ainsi qu'après avoir précisé le sens de ces

12. La théorie des fonctionnaires de fait, fondée sur l'apparence, se rapporte au cas où une personne a été irrégulièrement investie des fonctions publiques qu'elle exerce en présentant les signes extérieurs de son droit à les exercer. La jurisprudence prévoit que « tant que sa nomination n'est pas annulée, un agent public même irrégulièrement nommé accomplit valablement les actes relevant de ses fonctions ». Dans ce cas précis, l'annulation n'a de portée qu'à venir.

13. Cons. d'Ét. 27 juil. 2001, *Titran*, A.J.D.A. 2001.1046.

14. Cons. d'Ét. 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, *Rec. Leb.*, p. 110.

dispositions, il décide de ne pas en prononcer l'annulation sous réserve que le Premier ministre publie au Journal officiel un extrait de l'arrêt comprenant l'article 1^{er} de son dispositif et les motifs qui en sont le support. Cette méthode semble inédite en matière d'excès de pouvoir, elle rappelle celle du Conseil constitutionnel lorsqu'il prononce une décision de conformité sous réserve d'interprétation en matière de contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette nouvelle manière d'appréhender le recours pour excès de pouvoir suscite un certain nombre de questions. Certes, la bonne administration de la justice explique que le juge puisse corriger une erreur évitant une annulation. Le souci de préserver la stabilité des situations juridiques apparaît également comme un avantage de ces nouvelles méthodes de jugement. Mais cette évolution est aussi source d'inquiétude : doit-on renoncer à l'effet rétroactif des annulations contentieuses ? Et, où est la frontière avec le juge administrateur et la reconnaissance au juge d'un réel pouvoir normatif ?

B. La « maîtrise du juge sur le procès »¹⁵

La maîtrise du juge sur le procès, c'est-à-dire l'idée que le juge administratif puisse tenir compte des effets que peut avoir une décision juridictionnelle, est relativement récente, en France tout au moins¹⁶. Si le juge a toujours pris en compte les effets d'une décision administrative, comme l'illustre la jurisprudence sur les droits acquis, la prise en compte des effets de sa propre décision est plus originale. D'autant plus lorsque le juge décide d'agir sur ces effets. C'est pourtant un mouvement qui se développe incontestablement, le juge administratif module dans l'espace ou dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce¹⁷.

Dans la décision de 2004, *Association AC !*, le Conseil d'État contrôle la légalité de l'acte et examine les conséquences de l'illégalité des arrêtés attaqués. Il juge que « l'annulation d'un acte admi-

15. René CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une notion fonctionnelle : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », R.D.P. 2003.3.

16. La Cours de justice des communautés européennes, quant à elle, tient de l'article 231 du traité instituant la Communauté européenne le pouvoir de moduler les effets des annulations contentieuses en ce qui concerne les règlements communautaires. L'effet de l'annulation peut donc être différé par la Cour à la date à laquelle elle rend son arrêt ou bien même à une date postérieure. Par la suite, la Cour a étendu cette règle aux directives et décisions communautaires.

17. Cons. d'Ét. 27 juil. 2001, *Titran*, A.J.D.A. 2001.1046 ; 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc. ; 25 févr. 2005, *France Télécom*, préc.

nistratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif [...] de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence, et d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation »¹⁸. L'effet rétroactif de l'annulation, garantie pour le justiciable, demeure le principe ; la modulation de ses effets dans le temps, qui constitue une dérogation au principe, n'est destinée à jouer qu'à titre exceptionnel.

La décision *Association AC !* subordonne la mise en œuvre du pouvoir de modulation à un double bilan coût/avantages. Le premier porte sur l'opportunité de faire usage de ce pouvoir de modulation : l'annulation doit emporter des conséquences manifestement excessives sur les situations juridiques non définitives. Dans la mesure où le juge administratif considère que les conséquences sont manifestement excessives, le deuxième bilan coût/avantages vise à déterminer les avantages et les inconvénients des différentes formes de modulation envisageables¹⁹.

Un troisième critère pourrait être dégagé des arrêts *France Télécom* de 2005 et *AFVS* (Association des familles victimes de saturnisme) de 2006. Il s'agit de la nature de l'illégalité sanctionnée. Le Conseil d'État s'appuie à la fois sur le fait que l'illégalité n'est pas majeure et sur le fait qu'il s'agit de la seule illégalité sanctionnable. Dans la décision *Association des familles victimes de saturnisme* du 11 janvier 2006, le Conseil d'État se fonde à nouveau sur la nature de l'illégalité sanctionnée, en l'occurrence une illégalité externe, pour justifier l'usage de son pouvoir de modulation. Ce critère est tout à fait contestable et contesté dans la mesure où il comporte « le

18. Cons. d'Ét. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

19. Frédéric DIEU, « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », A.J.D.A. 2006.2429. Voir aussi Laurent TESOKA, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », A.J.D.A. 2006.2214.

risque de réserver la modulation à des hypothèses d'illégalités régularisables »²⁰.

Dans sa décision *Société Techna* du 27 octobre 2006, le Conseil d'État décide, au nom d'impératifs de sécurité juridique, de différer les effets d'une décision. La décision *Société Techna* s'inscrit dans la filiation des deux décisions dont nous avons parlé : *Association AC !* et *KPMG*. Elle marque en effet le souhait du juge administratif de prendre en compte les effets déstabilisateurs que ses décisions pourraient avoir sur l'ordonnancement juridique. Et elle combine celui-ci avec l'obligation imposée par la décision *KPMG* au pouvoir réglementaire de prendre en compte les impératifs de sécurité juridique lorsque son intervention vient perturber des situations juridiquement constituées.

Dans la décision *Société Techna*, le juge administratif module ainsi dans le temps les effets d'une décision de rejet : il met fin à la suspension décidée par le juge des référés et il reporte la date d'effet de sa décision, au nom du principe de sécurité juridique. C'est une nouvelle avancée du juge vers les pouvoirs de l'administrateur.

Si ces décisions s'inscrivent toutes dans un même mouvement jurisprudentiel par lequel le Conseil d'État étend les pouvoirs du juge administratif afin de protéger la stabilité des situations juridiques, la décision *Société Techna* devrait être davantage rapprochée de l'arrêt *Titran* que de l'arrêt *AC !* En effet, alors que l'arrêt *AC !* est dans une logique de « modulation des effets temporels » d'une décision de justice (il s'agit de supprimer ou limiter l'effet rétroactif d'une annulation), l'arrêt *Société Techna* s'inscrit dans une logique de « modulation temporelle des effets »²¹. Or, justement dans l'arrêt *Titran*, le Conseil d'État prononce le refus d'abrogation en précisant que le Garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois pour rétablir la légalité du traitement automatisé contesté et qu'il devra à défaut prononcer l'abrogation des arrêtés. Autrement dit, le Conseil d'État ne se contente pas de préciser à l'administration les règles de droit transitoire applicables, il les édicte lui-même²². Et de ce point de vue, l'arrêt *Société Techna* est plus audacieux que l'arrêt *Titran* ; le Conseil d'État fait clairement acte d'administrateur.

20. Anne COURRÈGES et Jacques-Henri STAHL, « Note à l'attention de M. le Président de la Section du contentieux », R.F.D.A. 2004.438.

21. Fabrice MELLERAY, note sous Cons. d'Ét. Sect. 27 oct. 2006, *Sté Techna*, J.C.P. A. 2007.24 ; Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », A.J.D.A. 2004.963.

22. F. MELLERAY, *loc. cit.*, note 21, 24, n° 2001.

Enfin, notons qu'au mois de juillet 2007, le juge administratif français a décidé d'aller au bout de ce raisonnement en appliquant l'arrêt *KPMG* aux changements de jurisprudence : c'est l'arrêt du Conseil d'État très commenté, *SA Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007²³. Il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance. Dans l'arrêt *SA Tropic Travaux Signalisation*, le juge administratif reconnaît qu'il peut être dérogé à l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle en raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours. C'est cet impératif qui a incité le Conseil d'État à juger que le recours de pleine juridiction ouvert aux concurrents évincés par sa décision ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la date de lecture de cette décision, sous la seule réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant cette même date. Le Conseil d'État adopte ainsi la technique du « revirement prospectif », selon l'expression de Ph. Raimbault qui précise que cette technique ne saurait être réduite au revirement pour l'avenir, elle consiste en effet pour le juge à moduler dans le temps, selon des modalités qui peuvent varier, l'application de sa nouvelle solution, ce qui lui permet de gommer l'inconvénient de la rétroactivité jurisprudentielle²⁴.

Certes les juridictions américaines pratiquent les *prospective overrulings*, c'est-à-dire les revirements de jurisprudence qui ne valent que pour l'avenir. Les juridictions européennes ont elles aussi décidé d'utiliser cette technique pour limiter les effets néfastes des revirements de jurisprudence. La Cour de cassation elle-même l'a admis. Ces diverses solutions témoignent de l'étendue du pouvoir d'appréciation laissé au juge. On comprend alors, au regard de ce contexte, que le Conseil d'État ne puisse refuser plus longtemps

23. Sur cet arrêt, voir notamment Didier CASAS, « Vers un nouveau contentieux de la commande publique » (concl. sur Cons. d'Ét. Ass. 16 juil. 2007, *SA Tropic Travaux Signalisation*, R.D.P. 2007 :5.1402) ; Franck MODERNE, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », R.F.D.A. 2007.917 ; Philippe RAIMBAULT, « Retour sur l'adoption du revirement prospectif », note sous Cons. d'Ét. Ass. 16 juil. 2007, *SA Tropic Travaux Signalisation*, *Gaz. Pal.*, 2007.10 ; Paul CASSIA, « Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse », A.J.D.A. 2007.1964 ; F. BUY, « Revirement pour l'avenir : le Conseil d'Etat répond à la Cour de cassation », L.P.A. 2007.10.

24. P. RAIMBAULT, *loc. cit.*, note 23, 11.

d'envisager la question. C'est chose faite avec l'arrêt *SA Tropic Travaux Signalisation*, en fondant sa décision sur l'exigence de sécurité juridique, le juge administratif montre combien il se soucie de l'inconvénient des revirements de jurisprudence. Néanmoins, on comprend aussi que le Conseil d'État ait mis plus de temps que les autres juridictions à traiter cette question, en prenant peut-être davantage de précautions : la question du revirement prospectif repose en effet une question sensible, celle du pouvoir normatif du juge. Admettre que le juge administratif puisse neutraliser la rétroactivité de la solution jurisprudentielle et puisse en conséquence imposer une autre solution l'apparente incontestablement au juge administrateur.

Par ailleurs, neutraliser la rétroactivité d'une décision juridictionnelle rappelle aussi le difficile équilibre existant entre les principes fondamentaux de légalité et de sécurité juridique, tout en appréhendant cette dialectique dans une perspective de combinaison plus que d'opposition²⁵.

Pour conclure, rappelons que, déjà au début des années 60, G. Braibant regrettait que l'utilité réelle du recours pour excès de pouvoir dépende « des conséquences juridiques qui s'attachent aux annulations contentieuses et de la suite qui leur est donnée, en pratique [...] » Et, lors du débat organisé pour le numéro du cinquantième de l'Actualité Juridique – Droit Administratif, il avançait l'idée de confier au juge de l'excès de pouvoir le soin de décider, dans chaque cas, si l'annulation d'un acte doit avoir ou non un effet rétroactif. Cette liberté reconnue au juge administratif de moduler ou non les effets de sa propre décision devrait créer un équilibre réel et durable entre les principes de légalité et de sécurité juridique, un équilibre qui s'appréciera selon chaque cas d'espèce. Plus généralement, et comme le souligne F. Dieu, la consécration d'un pouvoir de modulation des effets des annulations contentieuses marque un renforcement indéniable du rôle du juge administratif français²⁶.

25. D. LABETOULLE, *loc. cit.*, note 7, 403.

26. F. DIEU, *loc. cit.*, note 19, 2436.